Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

LIOTHECA BAMBERGENSIS

Zwölften Theils erſte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1809.

Fortſetzung
des 1. Titels im 12. Buche
De rebus creditis, ſi certum petatur, et de condictione.

§. 779.

Uebergabe, ein weſentliches Erforderniß des Darlehns. Sie kann auch brevi manu geſchehen.

Das Darlehn erfordert zu ſeiner Exiſtenz ſchlechterdings, daß die Sache dem Schuldner übergeben worden ſey. Denn die Verbindlichkeit entſpringt hier ex re [1]). Daher iſt der Vertrag, wodurch man dem Andern verſpricht, daß man ihm ein Darlehn geben wolle, ſolang die Uebergabe noch nicht erfolgt iſt, noch kein Darlehn, ſondern ein bloßes pactum de mutuo dando, welches nach dem römiſchen Recht keine Klage bewirkt [2]). Denn es war Grundſatz: nuda pactione pecuniam creditam fieri non poſſe [3]). Ob es heutzutage anders ſey, iſt ſtreitig. Einige [4]) wollen behaupten,

1) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

2) *Petr.* GUDELINUS de iure noviſſimo Lib. III. cap. 2. pag. 115.

3) *L. 34. pr. D. Mandati.*

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. verglichen mit Lib. II. Tit. 14. §. 68. GRASS Diſſ. de pactis futuror. contract. praeparator. §. 33. ENGEL Colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 17. §. 2.

ten, das römiſche Recht gelte noch jetzt. Allein die meiſten Rechtsgelehrten [5]) ſind darin einverſtanden, daß der bloße Vertrag, mit einem Andern ein Darlehn eingehen zu wollen, den Promittenten verbindlich mache, und eine Klage gegen ihn bewirke. Dieſe Meinung verdient auch unſtreitig den Vorzug. Denn nach dem römiſchen Recht wirkt doch eine Stipulatio de mutuo dando eine klagbare Verbindlichkeit [6]). Nun aber iſt heutzutage ein bloßer Vertrag ſo wirkſam, als eine römiſche Stipulation [7]).

Da alſo ein Darlehn erſt durch die Uebergabe ſein Daſeyn erhält, ſo kann auch keine andere Verbindlichkeit ex mutuo entſtehen, als welche durch die Tradition begründet worden iſt. *L. 9. Cod. de non numerata pecun.* ſagt ausdrücklich: Ultra hoc, quod accepit, RE OBLIGARI neminem poſſe, conſtat. Daher begründet der Verzug beym Darlehn nach dem römiſchen Recht keine Verbindlichkeit zur Zinſenzahlung [8]); und auch ſelbſt durch ein pactum adiectum konnten hier in der Regel nicht vollgültig Zinſen verſprochen werden; ſondern dies mußte durch eine

5) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 8. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſim. Commentat. in Pandectas. h. t. §. 7. u. a. m. Vorzüglich aber Grieſinger im Commentar über das Wirtembergiſche Landrecht 1. Band S. 11. ff.

6) *L. 68. D. de Verb. obligat.* Quodſi ita ſtipulatus fuero: *Pecuniam te mihi crediturum ſpondes?* incerta eſt ſtipulatio, quia id venit in ſtipulationem, quod mea intereſt.

7) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 292. S. 106.

8) S. *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Diſſ. de fundamento uſurarum pecuniae mutuaticiae. §. 30. (*Exercitat. ad Pandect.* Tom. IV.)

eine neue obligatio, wie Pomponius [9]) ſagt, nämlich durch Stipulation geſchehen [10]). Dann war es aber auch kein Darlehn mehr, ſondern ward mit dem Namen *foenus*, oder *contractus* ſ. *pecunia foenebris* bezeichnet [11]). Nur wenige Fälle nehmen die Geſetze aus, in welchen ſie wegen blos verſprochener Zinſen die Klage dem Darleiher geſtatten, nämlich wenn Städte [12]), oder Argentarien [13]) Gelder ausgeliehen, und ſich Zinſen ausbedungen hatten; oder wenn man ſich wegen übernommener Seegefahr ein foenus nauticum hatte verſprechen laſſen [14]); oder bey ei-

 nem

9) *L. 121. D. de Verbor. Signif.*

10) *L. 24. D. de praeſcr. verbis. L. 7. Cod. de Uſur.*

11) *L. 33. D. de Uſur. L. 3. Cod. eodem.* NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. zeigt vorzüglich dieſen Unterſchied ſehr deutlich an, wenn er ſagt: MUTUUM *a* FOENORE *hoc diſtat, quod* MUTUUM *ſine uſuris:* FOENUS *cum uſuris ſumitur: et eſt accepti foetus. Unde et* FOENUS *dictum eſt*, ut graece τόκος, quaſi partus mutui ſumti. Man vergleiche *Ger.* NOODT de foenore et uſuris Lib. I. cap. 3. und HEINECCII Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 15. §. 3.

12) *L. 30. D. de Uſuris.*

13) *Nov. CXXXVI. c. 4.* S. NOODT de foenore et uſuris Lib. III. cap. 2. und *Herm.* HUBERT Diſputat. II. de Argentariis veterum. *Trajecti ad Rhen. 1740.* P. III. Cap. II. §. 3. (in *Ger.* OELRICHS Theſ. Diſſertat. iuridic. Belgicar. Volum. II. Tom. I. pag. 123. ſeq.)

14) *L. 7. D. de nautico foenore.* Wenn Paulus hier ſagt: In quibusdam contractibus etiam uſurae debentur, quemadmodum per ſtipulationem. Nam ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum certis uſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum uſuris recipere; ſo ſind nach den Worten: In quibus-

nem Getraidedarlehn Zinſen waren ausbedungen worden [15]). Man ſieht alſo hieraus klar, daß nach dem Begriff, den das römiſche Recht mit dem Darlehn verbindet, die Rechte des Gläubigers bey dieſem Contract durchaus nur auf die gegebene Quantität eingeſchränkt ſind, und jeder Gewinn davon ausgeſchloſſen ſey. Denn die Römer betrachteten das Darlehn als eine Wohlthat, oder Gefälligkeit, die ein Freund dem andern erzeigt [16]; und ſtellten daher den Grundſatz auf, das Darlehn ſey ſeiner Natur nach ein contractus gratuitus [17]), woraus jedoch noch keinesweges, wie von mehreren [18]) geſchehen iſt, gefolgert werden kann, daß es zu den contractibus ſtricti iuris gezählt worden ſey [19]). Heutzutage leidet es nun zwar keinen Zweifel, daß

busdam contractibus etiam, die Worte: *ex pacto* zu ergänzen. Es erhellet dies aus *L. 5. §. 1. D. eodem.* Man ſehe *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 6.

15) *L. 12. Cod. de Uſuris.*

16) NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. ſagt: Unde honeſtius *mutuum* eſt, quod *ſub amico affectu* fiat, tamen uſu temporis neceſſarii foenore ſumere decet.

17) Daher wird ein unverzinsliches Darlehn *L. 8. D. In quib. cauſ. pignus tacite contrah.* gratuita pecunia genennt.

18) *Franc.* CONNANUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 1. pag. 449. ſeq. *Herm.* VULTEIUS Comm. ad Princ. I. de verb. obligat. nr. 3. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Inſtitut. Lib. IV. Tit. 6. §. 27. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 21. (in *Theſ. Meerman.* Tom. IV. pag. 44.) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1863. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. u. Tom. II. pag. 112. u. a. m.

19) S. *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. I. cap. 3. §. 33. et *Eiusd.* Diſſ. de uſuris pecuniae mutuaticiae (in *Exercitat. ad Pandect.* T. IV. Nr. 87.)

daß beym Darlehn ſowohl Verzugszinſen gefordert, als auch durch einen Nebenvertrag Zinſen verſprochen, und ſolche, zugleich mit dem Capital, actione mutui eingeklagt werden können [20]); es iſt indeſſen auch nach unſern Rechten immer noch für ein naturale des Contracts zu halten, daß das Darlehn unentgeldlich iſt, ſofern nicht der Vertrag, Zinſen zu bezahlen, in gewiſſen Fällen als ſtillſchweigend geſchloſſen angenommen werden kann [21]).

Die Tradition braucht übrigens nicht immer eine wahre und eigentliche Uebergabe zu ſeyn, ſie kann auch brevi manu geſchehen. Dahin gehört,

1) wenn derjenige, dem ich ein Darlehn geben will, das Geld ſchon aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B. als

20) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 768.

21) Anderer Meinung ſind zwar SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. ad Pand. XXXV. §. 11. TITIUS iur. privat. Rom. germ. Lib. IV. Cap. 8. §. 2. et §. 15. und unter den neuern noch Ernſt Chriſt. Weſtphal in den Rechtsgutachten und ausgeſuchten Erkenntniſſen des bürgerlichen Rechts 1. Band h. t. §. 1. S. 73. Dieſe behaupten, daß heutiges Tages im Zweifel jedes Darlehn an ſich ſchon zinsbar ſey, wenn auch der Schuldner weder Zinſen verſprochen hätte, noch ſich im Verzuge der Wiederbezahlung befände. Allein dieſe Meinung läßt ſich auf keine Weiſe vertheidigen. Man ſehe *Ge. Henr.* AYRERI Diſſ. de arbitrio iudicis circa uſuras pecuniae mutuaticiae. *Goettingae 1750.* §. 22. ſqq. Webers Verſuche über das Civilrecht. S. 243. ff. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 887. S. 287. Auch die Praxis widerſpricht jener Meinung. S. BERGERI Oeconom. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 2. und LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. Medit. 3.

als ein Depoſitum, in Händen hat, und ich erlaube ihm auf ſein Geſuch, dieſes Geld als ein Darlehn zu gebrauchen. Einen ſolchen Fall hat Ulpian *L.* 9. §. *ult. D. h. t.*

Depoſui apud te decem, poſtea permiſi tibi uti. *Nerva*, *Proculus*, etiam, antequam moveantur, condicere, quaſi mutua, tibi haec poſſe, aiunt. Et eſt verum, ut et *Marcello* videtur. Animo enim coepit poſſidere: ergo tranſit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Eben dies beſtätigt Africanus *L.* 34. *pr. D. Mandati.*

Si pecuniam apud te depoſitam convenerit, ut creditam habeas, credita ſit: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

2) Wenn ich dem Andern, der mich um ein Gelddarlehn anſprach, ſtatt baaren Geldes, andere Sachen in der Abſicht gegeben habe, daß er ſie verkaufen, und das daraus zu löſende Geld als ein Darlehn behalten und gebrauchen ſolle, der Schuldner auch die Sachen wirklich zu Gelde gemacht hat. Daß in dieſem Falle ein Darlehn contrahirt werde, behauptet Ulpian *L.* 11. *pr. D. h. t.* ohne alles Bedenken, wenn er ſagt:

Rogaſti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, et nummis utereris: ſi vendideris, *puto mutuam pecuniam factam.*

Man nimmt hier an, das aus dem Verkauf der Sache gelöſete Geld ſey dem Eigenthümer überbracht, und von dieſem dem Ueberbringer auf ſein Geſuch als ein Darlehn

zurück-

zurückgegeben worden. Es wird alſo vorausgeſetzt, daß der Schuldner die zum Verkauf erhaltene Sache nicht nur wirklich verkauft, ſondern auch das Geld dafür eingenommen haben müſſe. Denn ſo lange dieſes nicht geſchehen iſt, iſt noch kein Darlehn contrahirt, ſondern ein unbenannter Contract vorhanden, weshalb die actio praeſcriptis verbis anzuſtellen iſt. **Ulpian** hat ſich darüber an einem andern Orte ausführlicher erklärt. Er ſagt nämlich *L. 19. pr. D. de praeſcriptis verbis.*

Rogaſti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidiſti, aut vendidiſti quidem, pecuniam autem non accepiſti mutuam, tutius eſt ita agere; ut LABEO ait, praeſcriptis verbis; quaſi negotio quodam inter nos geſto proprii contractus.

Nicht gleicher Meinung mit **Ulpian** ſcheint jedoch hierin **Africanus** geweſen zu ſeyn, wenn er *L. 34. pr. D. Mandati* ſagt:

Eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepiſſet argentum.

Zwar ſind die Rechtsgelehrten über den Sinn der letztern Stelle verſchiedener Meinung. **Johann Goddäus** [22]), und **Marcus Lyklama a Nyholt** [23]) geben ihr

22) In Commentar. de rebus creditis ſ. de mutuo Cap. III. nr. 62. pag. 238.

23) Membranar. Lib. II. Eccl. 1. pag. 159.

ihr eine ſolche Deutung, als ob **African** mit **Ulpian** darin vollkommen einverſtanden ſey, daß ein Darlehn contrahirt werde, wenn der Gläubiger dem Schuldner, ſtatt baaren Geldes, eine Sache zum Verkauf gegeben hat, um das daraus gelößte Geld als ein Darlehn zu gebrauchen, und er behaupte dieſem Grundſatz zu Folge ganz recht, daß auch der Verkäufer wegen des aus der verkauften Sache gelößten Geldes die Gefahr eben ſo, wie im Darlehn der Schuldner, übernehmen müſſe. Allein dieſer Erklärung widerſtreitet nicht nur der ganze Zuſammenhang, ſondern ihr ſteht inſonderheit entgegen, daß die Worte *nihilo magis* in unſern Geſetzen keinen affirmativen, ſondern immer einen negativen Sinn haben [24]). Daß aber auch dieſer negative Sinn hier anzunehmen ſey, ſetzen die Baſiliken [25]) auſſer Zweifel, in welchen das Fragment folgendermaſſen lautet:

Εἰ δὲ θέλων σοι δανεῖσαι παράσχω ἄργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, ὀυ συνίςαται δανέιον. ἐι καὶ κινδυνέυεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τȣ̃ ἀργύρου χρήμασιν. i. e. *Si vero, cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, argentum vendendum dedero, mutuum non contrahitur, quamvis nummi ex argento redacti tuo periculo ſint.*

Andere [26]) hingegen legen der Stelle des **Africans** zwar einen negativen Sinn bey, ſie glauben aber, African

24) S. *Io.* STRAUCH Lexicon. particular. iuris. voc. NIHILO MAGIS. *Chriſtph. Phil.* RICHTER Tr. de Significat. Adverbior. iuris. *eod. vocab.* und Schellers lateiniſch deutſches Lexicon. verb. *Nihilum.*

25) Tom. II. Lib. XIV. Tit. 1. Conſt. 34. pag. 152.

26) *Franc.* DUARENUS in Commentar. in Tit. Cod. Si certum petat. et in Tit. Pand. de rebus credit. Cap. II. *Operum* p. 879. *Io.*

can rede blos von dem Falle, da die Sache zum Verkauf gegeben worden, ohne dabey die ausdrückliche Verabredung zu treffen, daß das daraus gelößte Geld dem Empfänger dargeliehen seyn solle. Auf solche Art sey zwischen ihm und **Ulpian** kein Widerspruch. Allein die Worte: *cum mutuam pecuniam dare vellet*, lehren ja deutlich, daß von nichts Andern, als von Eingehung eines Darlehns, die Rede war. Wollte man nun nach dieser Erklärung annehmen, der Wille, ein Darlehn zu geben, sey hier blos einseitig, vielleicht einem Andern, und nicht gerade demjenigen, welcher die Sache zum Verkauf erhalten hatte, erklärt worden; so wäre unbegreiflich, wie dann die Frage hätte entstehen können, ob zwischen dem Verkäufer der Sache, und dem, welcher sie ihm zum Verkauf gegeben hatte, ein Darlehn contrahirt sey; und wie ließe sich denn mit einer solchen einseitigen Erklärung der Grund vereinigen, den **African** gebraucht, nämlich *nuda conventione pecuniam creditam fieri non poſſe*?

Unläugbar ist also wohl der Widerspruch zwischen **Ulpian** und **African**. Um nun diesen zu heben, wollen einige [27]) zwischen dem Zeitalter der beyden Rechtsgelehrten einen Unterschied machen. Sie sagen, zu den Zeiten Hadrians, unter welchem **African** lebte, sey die Traditio brevi manu beym Darlehn noch nicht in dem Umfange üblich gewesen, wie nachher zu den Zeiten des Kaisers Alexander, dessen Zeitgenoß **Ulpian** war. Letztr habe also nach dem

Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. not. d. pag. 114.

27) *M. Aur.* GALVANUS de Uſufructu. Cap. XXXIII. §. 14. pag. 484. edit. *Tübing.*

dem neuern Rechte entſchieden, welches auch jetzt noch zu befolgen ſey. Allein am natürlichſten iſt es wohl, wenn man mit Cujaz [28]) dem auch Wilhelm Ranchinus [29]), Julius Pacius [30]), Wilh. Barclajus [31]), Joſeph Fernandez De Retes [32]) und Johann Jacob Wiſſenbach [33]) beyſtimmen, annimmt, daß African nach dem Grundſatz des ſtrengen Rechts, vermöge welchen ein Darlehn nur durch Tradition einer dem Gläubiger eigenen Sache, aber nicht durch ein bloßes Pactum contrahirt wird, entſchieden, Ulpian hingegen die billigere Meinung, welche in einer fictio brevis manus gegründet iſt, befolgt habe. Daß man der Meinung des Ulpians den Vorzug gegeben habe, erhellet inſonderheit auch aus einem Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian. Es iſt die *L.* 8. *Cod. Si certum petatur*, welche folgendermaßen lautet:

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poſcebas, argentum, vel iumenta, vel alias ſpecies, utriusque conſenſu aeſtimatas, accepiſti, dato auro pignori, licet ultra uſuram centeſimam uſuras ſtipulanti ſpopondiſti, tamen ſors, quae aeſtimatione placito partium

28) Obſervation. Lib. VIII. cap. 8.

29) Variar. Lectionum Lib. III. cap. 9. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. V. pag. 959.)

30) Ἐναντιοφαν. ſ. Legum conciliatar. Centur. III. Quaeſt. 64. pag. 235.

31) Commentar. ad L. 11. D. h. t. (in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 849)

32) Opuſculor. Lib. II. Sect. I. Cap. I. nr. 6. ſqq. (in *Ger.* MEERMAN *novo Theſ. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 90)

33) Exercitat. ad Pand. Diſputat. XXIV. Theſ. 8.

tium definita eſt, et uſurarum titulo legitima ſumma tantum recte petitur [34]).

3) Wenn Jemand ſeinem Schuldner befiehlt, das ihm ſchuldige Geld einem Dritten als ein Darlehn auszuzahlen.

4) Wenn Jemand ſeinem Bevollmächtigten auf ſein Geſuch geſtattet, das Geld, welches dieſer für ihn eingenommen, und an ihn auszuzahlen hatte, als ein Darlehn für ſich zu behalten. In beyden Fällen liegt eine gegen die Strenge des Rechts angenommene fictio brevis manus zum Grunde. In dem erſten Falle wird nämlich angenommen, als ob der vorige Schuldner das Geld dem Gläubiger bezahlt, und hierdurch derſelbe von ſeiner Verbindlichkeit befreit worden ſey, der neue Schuldner aber das Geld hierauf von dem Gläubiger ſelbſt, als ein Anlehn, empfangen habe. Eben ſo nimmt man in dem letztern Falle an, als ob durch die Ablieferung des Geldes an den Mandanten die obligatio ex mandato erloſchen, und hierauf das Geld von dieſem dem Mandatar wieder dargeliehen worden ſey. Dies iſt wenigſtens Ulpians Anſicht, der dies als etwas Beſonderes bemerkt, welches bey Geldanleihen gegen die Regel des gemeinen Rechts ſey angenommen worden. Er ſagt nämlich *L.* 15. *D. h. t.*

Singularia quaedam recepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam *ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam*, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc

34) Man vergleiche über dieſe Stelle *Iani a* COSTA Praelectiones ad illuſtriores quosd. Titulos locaque ſelecta iuris civ. pag. 192.

hoc et in eadem perſona recipiendum eſt: ut, *cum ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas*, videatur mihi data [35]).

In Anſehung des erſtes Falles, iſt African mit Ulpian vollkommen einverſtanden. Allein in dem zweyten Falle läugnet erſter ausdrücklich, daß durch jene Uebereinkunft ein Darlehn contrahirt worden ſey. Es ſoll alſo nach ſeiner Meinung bloß die actio mandati gegen den Schuldner Statt haben, jedoch ſo, daß er für die Gefahr des Geldes ſtehen, und die für den Gebrauch deſſelben etwa bedungenen Zinſen bezahlen muß. Die Stelle ſelbſt lautet in der *L.* 34. *pr. D. Mandati* folgendermaßen.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum emiſit, qua ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe, eamque creditam ſibi eſſe debiturum cum uſuris ſemiſſibus. Quaeſitum eſt, an ex ea cauſa

35) Es verdient hiermit die Stelle in den *Baſilicis* Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 15. nach Fabrot T. III. pag. 225. verglichen zu werden, wo ſie folgendermaßen lautet: Επὶ τοῦ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν ἐδέχθησαν. ἐαν̀ γαὶρ ἐπιτρέψαντός μου παράσχῃ σοὶ ὁ χρεώςης μοῦ, ἐνέχῃ μοι, ἐι καὶ τὰ μάλιςα ὀυκ τῆν ἐμὰ τὰ νομίσματα. ἐι δὲ καὶ συμφωνήσομεν ἔχειν σε ἐν δανείῳ ἅπερ ἀπὸ ἐντολῆς χρεωςεῖς μοι, δοκεῖς δεδωκέναι μοι, καὶ λαβεῖν ἐξ ἐμοῦ. i. e. *In mutuo quaedam contra rationem iuris recepta ſunt: nam ſi tibi debitor meus mandatu meo pecuniam dederit, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Sed etſi convenerit, ut crediti nomine habeas, quae mihi ex cauſa mandati debes, videris mihi ea dediſſe, et a me accepiſſe.*

cauſa credita pecunia peti poſſit, et an uſurae peti poſſint? Reſpondit, *non eſſe creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri poſſe.* Nec huic ſimile eſſe, quod ſi pecuniam apud te depoſitam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item quod, ſi a debitore meo iuſſero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum eſt. His argumentum eſſe, eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam, ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepiſſet argentum. *Et in propoſito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipſius periculo nummi fuerint, tamen uſuras, de quibus convenerit, praeſtare debeat* [36].

Man

36) In den *Baſilic.* T. II. Lib. XIV. Tit. I. Conſt. 34. pag. 151. lautet dieſe Stelle ſo. Εὰν ὁ διοικῶν τὰ πράγματά μου χρεώςας ἀπαιτήσῃ, καὶ γράψῃ μοι τȣτο τὸ ποσὸν εἶναι παρ᾽ αὐτῷ ἐν δανέι ἐπὶ τοιῷδε τόκῳ, ȣ̓κ ἔχει χώραν ὁ δανειακὸς, ἀλλ᾽ ἡ περὶ ἐντολῆς ἀγωγή. καὶ ὁ γράψας ἐγκινδυνέυσει ἐπὶ τοῖς χρήμασιν, καὶ δίδωσι τόκον. ȣ̓ γὰρ ἐξ ἑκάςου συναλλάγματος, ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου συνίςαται δάνειον· ἐι καὶ τὰ μάλιςα γὰρ ἐπιτρέπων τῷ ἔχοντί μοι ἐν παραθήκῃ χρήματα, ἔχειν αὐτὰ δεδανεισμένα, συνίςημι δανέιον, ὅμως ἐμὰ ὄντα τὰ χρήματα, γίνεται αυτȣ͂. Φιλαγάθως δὲ ἐδέχθη συνίςασθαι δάνειον, ὅτε κελέυσει μου λάβῃς παρὰ τȣ͂ χρεώςου μου. i. e. *Si is, qui negotia mea procurabat, debitores meos exegerit, et mihi per epiſtolam ſignificaverit, eam quantitatem apud ſe eſſe ex cauſa crediti ſub uſuris certis,*

Man hat mancherley Verſuche gemacht, beyde Stellen mit einander zu vereinigen. Nach einigen[37]) ſoll der Unterſchied darin liegen, daß **Ulpian** von Anweſenden, **African** hingegen von Abweſenden rede. Andere[38]) ſuchem die Vereinigung darin, daß in dem Falle, von welchen **African** redet, bloß eine einſeitige Erklärung von Seiten des Mandatars geſchehen ſey, weil in der *L.* 34. nicht ausdrücklich geſagt wird, daß der Mandant auf den Brief geantwortet habe. **Ulpian** hingegen rede von dem Falle, wo zwiſchen dem Mandanten und dem Mandatar die

certis, actioni ſi certum petatur de rebus creditis locus non erit, ſed mandati: et pecuniae periculum ad eum, qui epiſtolam miſit, pertinebit, et uſuras praeſtabit: non enim ex omni contractu nuda pactione creditum contrahitur. Quamvis enim ſi pecuniam apud aliquem depoſitam conceſſerim, ut creditum habeat, creditum contrahatur: hoc tamen procedit, quia nummi, qui mei erant, eius fiunt. Benigne autem receptum eſt, ut mutuum contrahatur, cum iuſſu meo pecuniam acceperis a debitore meo.

37) *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. *Hellf. Ulric.* HUNNIUS Variar. Reſolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. I. Q. 6. *Henr.* KELLINGHUSEN Diſſ. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequerae 1744.* Cap. 13. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 38.) und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 466. in fin.

38) *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν ſ. Veriſimilium Lib. III. cap. 14. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. I. pag. 793.) *Io.* GOEDDAEUS in Comm. de rebus creditis Cap. III. nr. 85. ſq. p. 246. *Io.* CORASIUS Miſcellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 16. *Sac. Herm. ab* IDSINGA Varior. iuris civ. (*Harlingae 1738.*) cap. 10. et in Diſſ. cit. de mutuo. Cap. V. §. 4. *Carl. Frid.* WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 500. Not. *) und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1864. not. e.

die ausdrückliche Uebereinkunſt war getroffen worden, daß letzter das für den erſtern erhobene Geld, als ein Darlehn behalten ſolle. Noch andere [39]) wollen die Antinomie durch Unterſcheidung des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten heben. Sie ſagen, Africanus, der älter als Ulpian ſey, rede von dem ältern Rechte, letzterer aber von dem zu ſeinen Zeiten eingeführten neuern Rechte. Allein gegen alle dieſe Vereinigungsarten iſt noch immer viel einzuwenden. Denn 1) hat der Unterſchied, welcher nach der erſten Meinung zwiſchen Gegenwärtigen und Abweſenden gemacht wird, hier auf die Entſcheidung der Frage nicht den mindeſten Einfluß. Es iſt auch in der *L.* 15. *h. t.* keine Spur zu finden, daß das Geſchäft unter Anweſenden geſchloſſen worden ſey, und eben ſo wenig ſetzt African *L.* 34. den Grund ſeiner Entſcheidung darin, daß die Partheyen abweſend waren, ſondern ſein Grund iſt der, *non ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri poſſe.* Denn nach der Regel des gemeinen Rechts, an welche ſich hier African hält, kann das Darlehn, als ein Realcontract, nur durch die Uebergabe einer dem Darleiher eigenen Sache ſein Daſeyn erhalten. In mutuo enim, ſagt Juſtinian [40]), ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat.*

39) *Vigl.* ZUICHEMUS in Praelection. in Tit. Pand. de rebus credit. (*Coloniae* 1582. 8. ad L. 15. h. t. nr. 51. pag. 186. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. M. *Aur.* GALVANUS de Uſufructu Cap. 33. §. 14. pag. 481. *edit. Tüb. Henr.* BRENCMANN Diſputat. de Legum inſcriptionib. §. 22. (in *Abrah.* WIELING *Iurisprud. reſtituta* Tom. II. pag. 168.) *Frid. Gottfr.* HOUCK Diſſ. de rationibus veterum ICtorum falſo ſuſpectis. *Trajecti ad Rhen. 1734. Cap. I. §. 4.* (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 326.)

40) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

fiat. Es kann alſo durch den bloßen Vertrag, daß der Schuldner das Geld, davon der Gläubiger ſelbſt noch nicht Eigenthümer war, als ein Darlehn behalten ſolle, nicht ſchlechthin geſchloſſen werden. Dies iſt eigentlich der Ideengang des Africans [41]). Wenn man hingegen 2) nach der andern Meinung annehmen wollte, daß auf den Brief des Mandatars keine Antwort erfolgt, und alſo in dem Falle, wovon African redet, eine blos einſeitige Erklärung geſchehen ſey, ſo wäre es in der That gar keiner Frage werth geweſen, ob der Mandatar durch ſein Schreiben ſeine Verbindlichkeit aus dem Mandatcontract, ohne Einwilligung des Mandanten, in ein Darlehn habe verwandeln können. Die verneinende Antwort derſelben verſtand ſich ja von ſelbſt, ohne daß es deshalb der vom African angeführten Zweifels- und Entſcheidungsgründe bedurft hätte. Allein daß hier wirklich von keiner einſeitigen Erklärung, ſondern von einem wirklichen Vertrage, der bekanntermaßen auch unter Abweſenden durch Briefe geſchloſſen werden kann [42]), die Rede ſey, beweiſen die Worte: alioquin dicendum, ex omni contractu, *nuda pactione*, pecuniam creditam fieri poſſe, ferner: tamen uſuras, *de quibus convenerit*, praeſtare debeat, unwiderſprechlich. 3) Der Vereinigungsart nach dem Unterſchiede des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten ſteht entgegen, daß aus dem Fragment des Ulpians nicht zu erſehen iſt, daß er das neuere Recht

41) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad Inſtitut. Diſp. XXXII. Th. 7. BORCHOLTEN de mutuo Cap. 5. nr. 25. *Nicol.* DE PASSERIBUS Conciliat. Legg. pag. 176. und VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 40.

42) *L. 2. D. de pactis. L. 15. D. de fundo dotali.*

Recht ſeines Zeitalters habe vortragen wollen [43]). Nein, **Ulpian** läugnet keinesweges, daß das, was **African** lehrt, der Regel des gemeinen Rechts gemäß ſey. Auch **Paulus**, ein Zeitgenoß **Ulpians**, beſteht feſt auf dem Grundſatz: *In mutui datione oportet dominum eſſe dantem* [44]). Daß auch **Ulpian** in dem *Libro* 31. *ad Edictum*, woraus die *L.* 15. *D. h. t.* genommen iſt, eben ſo, wie **African**, vom Mandatscontract gehandelt habe, erhellet aus *L.* 8. 10. 12. 14. *et* 16. *D. Mandati.* Allein er meint, weil man ſchon in mehreren Fällen von der Regel des gemeinen Rechts, daß der Darleiher Eigenthümer der darzuleihenden Sache ſeyn müſſe, abgewichen ſey, und inſonderheit gegen dieſe Regel, der Billigkeit wegen, den Satz angenommen habe, daß ein Darlehn durch Anweiſung eines Schuldners mit

43) GOEDDAEUS in Comm. de reb. credit. Cap. 3. nr. 75. pag. 241. meint ſogar, es ſey überhaupt noch gar nicht entſchieden, ob Afrikan vor oder nach Ulpian gelebt habe. Allein darin hat er wohl offenbar unrecht. Daß African älter als Ulpian iſt, läßt ſich wohl nicht bezweifeln. Denn African lebte unter Hadrian und Pius, und alſo noch vor den Zeiten des Severus und Antoninus, unter welchen Ulpian lebte, wie CUJACIUS ad Africanum Tractat. I. und in Obſervation. Lib. VII. cap. 2. aus *L.* 3. §. 4 *D. de agnoſc. et alend. liberis* und *L.* 109. *D. de legatis I.* erwieſen hat. Er iſt eben derjenige *Sextus Caecilius Africanus*, deſſen GELLIUS Lib. XX. cap. 1. gedenkt. S. *Bern. Henr.* REINOLDI Opuſcul. iurid. pag. 312. Er war übrigens ein großer Verehrer Julians, und giebt deſſelben Meinungen immer unbedingten Beyfall. S. *Gottfr.* MASCOV de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IV. §. 3. pag. 80. ſqq.

44) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.*

mit der Zahlung an denjenigen, den man ein Darlehn geben will, contrahirt werden könne, wie African ſelbſt nicht läugnen kann; ſo laſſe ſich aus gleichem Grunde der Billigkeit durch eine fictio brevis manus füglich annehmen, daß auch in dem Falle, da ich meinem Anwalt geſtatte, das für mich eingenommene Geld, als ein Darlehn, für ſich zu behalten, der contractus mutui gültig geſchloſſen werde. Denn es verdienen hier beſonders die Worte erwogen zu werden, wenn Ulpian ſagt: *Quod igitur* in duabus perſonis *recipitur*, hoc et in eadem perſona *recipiendum* eſt. Der ſicherſte und richtigſte Weg, den auch die meiſten [45]) betreten haben, iſt alſo wohl der, wenn man annimmt, daß African nach dem ſtrengen Rechte entſchieden habe, und ſich alſo gegen diejenige Meinung erkläre, die Ulpian als die billigere annimmt, welche auch unſtreitig nach und nach durch den Gerichtsgebrauch herrſchend geworden iſt, wie ſich aus der *L. 6. Cod. Si certum petatur* ſchließen läßt, und daher heut zu Tage zur Entſcheidungsnorm dienen muß.

5) Wenn ich einem Dritten den Auftrag gebe, das Geld, warum mich Jemand angeſprochen hat, demſelben für meine Rechnung, als ein Darlehn, auszuzahlen. Auch hier

45) *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tractat. VIII. ad L. 34. D. Mandati. *Eman.* SOAREZ *a* RIBEIRA Obſervation. iuris Cap. 4. (in *Ger.* MEERMAN *novo Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 567.) *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton.* FABRUM Lib. II. Tract. XVI. Quaeſt. 5. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 40. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXXV. Th. 3. BARCLAIUS ad L. 15. D. h. t. bey OTTO T. III. pag. 858. *Theod. Lamb.* PRINS cit. Specim. de iis, quae ſunt ſingularia in mutuo. Cap. II. §. 11. u. a. m.

hier iſt, als Ausnahme von der Regel, angenommen, daß ich gegen den Empfänger des Geldes condictionem mutui anſtellen kann, nicht anders, als ob er das Geld von mir ſelbſt bekommen hätte. Es liegt aber hier nicht blos eine fictio brevis manus zum Grunde, ſondern dieſer Fall weicht auch darin von der Regel ab, daß hier dem Gläubiger durch eine freye Perſon eine Obligatio erworben wird. Das Nämliche findet ſogar in dem Falle ſtatt, wenn Jemand ſein Geld in meinem Namen ohne meinen Auftrag einem Dritten darleihet, ſofern ich ſolches nachher genehmiget habe. Denn die Ratihabition wird retrotrahirt, und gilt für einen Auftrag. Beyde Fälle hat **Ulpian**, welcher *L.* 9. §. 8. *D. h. t.* ſagt:

Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, abſente te et ignorante, *Ariſto* ſcribit, adquiri tibi condictionem. *Iulianus* quoque de hoc interrogatus, libro decimo ſcribit, veram eſſe *Ariſtonis* ſententiam: nec dubitari, quin ſi meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poſcamus, ut noſtro nomine creditor *meus et* futuro debitori noſtro.

So lieſet nämlich die Florentine. Daß aber die Worte *meus et*, keinen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Schon **Taurellus** hat daher in ſeiner Ausgabe die Bemerkung gemacht, daß in einer alten Handſchrift ſtatt meus et, *numeret* geleſen werde. Dieſe Leſeart haben auch **Haloander** und **Baudoza**; und **Brenkmann** bemerkt in dem Gebauerſchen Corpore iuris, daß er ſie in acht Handſchriften eben ſo gefunden habe. Ich kann

dieſen auch noch unſern Erlanger Pandecten Codex beyfügen. Gerhard Noodt[46]), und Wilhelm Barclai[47]) geben dieſer Leſeart ihren vollen Beyfall. Man kann auch nicht läugnen, daß hierdurch ein richtiger Sinn hergeſtellt werde. Allein Wilhelm Beſt[48]) hält dennoch dieſe Leſeart für eine liberior conjectura interpretis cuiusdam. Nach ſeiner eigenen Emendation ſoll man ſo leſen: *ut noſtro nomine creditor meus* DET *futuro debitori noſtro.* Er rechtfertiget dieſe Leſeart durch folgende Erläuterung: h. e. ut ille, a quo poſco pecuniam, creditor meus futurus (utpote qui me ex cauſa mandati habebit obligatum) det futuro debitori meo ex cauſa mutui, atque ita mihi condictionem acquirat. Dieſe ſehr beſcheidene Emendation billigen auch vorzüglich Jdſinga[49]), Coccejus[50]), und Neuhaus[51]). Nicht gleichen Beyfall hat die Emendation des Godefroi[52]) erhalten, welcher ſtatt: *creditor meus et futuro debitori*, *credamus futuro debitori noſtro*, oder *credatur futuro debitori noſtro* geleſen wiſſen will. Coccejus verwirft ſie mit Recht. Neque enim integra verba, ſagt er, per errorem inſerta codici florentino alias accuratiſſimo praeſumi debent. Vielleicht dürfte die-

46) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 276.

47) Commentar. ad h. L. in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 846.

48) Ratio emendandi Leges Cap. XXV. §. 2. pag. 372. edit. *Lipſ. 1745. 8.*

49) Diſſ. de mutuo Cap. V. §. 2.

50) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

51) Not. ad BESTII Ration. emend. LL. pag. 372.

52) Not. ad L. 9. D. h. t.

dieſer Grund auch die neuere Conjectur treffen, welche Wilhelm a Teiſterbant, genannt Bilderdyk [53]), dem gelehrten Publicum mitgetheilt hat. Er verwandelt nämlich die Worte: *creditor meus et*, in *creditum numeret.* Ob dieſe Veränderung den Namen einer ſimpliciſſima correctio verdient, den er ihr ſelbſt beylegt, mag der Critiker beurtheilen. Ich würde der Beſtiſchen Emendation, als der beſcheidenſten, ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn nicht der Pluralis *credituri* mit dem darauf folgenden Singularis *creditor meus* zu ſehr contraſtirte. Dieſer Anſtoß fällt aber bey der durch die Auctorität ſo vieler alten Manuſcripte unterſtützten Leſeart *numeret*, ſtatt *meus et*, weg. Daher trage ich keinen Augenblick Bedenken, dieſe Leſeart mit Walch [54]) allen übrigen Conjecturen vorzuziehen. Schade, daß uns die Baſiliken hier ganz verlaſſen. Sie enthalten zwar die Stelle Ulpians [55]), aber nur den erſten Fall, der letztere Theil derſelben, bey welchem gerade die ſtreitige Leſeart vorkommt, fehlt in denſelben. Man überzeuge ſich hiervon aus folgenden Worten:

Ἐὰν ἐμὰ νομίσματα ὀνόματι σου παράσχω ἀπόντος σου καὶ ἀγνοοῦντος, συνίσταται δάνειον. i. e. *Si nummos meos tuo nomine dedero, abſente te, et ignorante, mutuum contrahitur.*

Soviel übrigens den Inhalt der Stelle ſelbſt anbetrifft, ſo waren zwar die römiſchen Rechtsgelehrten darin

53) Obſervation. et Emendation. Cap. XVI. pag. 122.

54) Introduct. in controverſ. iuris civ. pag. 503. Not. *)

55) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 9. §. 7. pag. 222.

einverſtanden, daß wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, einem Dritten für mich Geld darzuleihen, mir hierdurch die condictio ex mutuo erworben werde. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 2. *§.* 4. *D. h. t.* ſagt:

Si voluntate mea tu des pecuniam, *mihi actio acquiritur*, licet mei nummi non fuerint.

Allein zweifelhafter war der andere Fall, wenn Jemand, ohne meinen Auftrag, ſein Geld für mich einem Dritten darleihet. Emanuel Soarez a Ribeira[56]) kann nicht begreifen, wie hier durch eine fictio brevis manus ein Darlehn zwiſchen mir und dem dritten Schuldner contrahirt werde. Er glaubt daher, daß auch hier ein geſchehener Auftrag angenommen werden müſſe, und folglich die Worte *te abſente et ignorante* nicht ſowohl die Form des Contracts andeuten, als vielmehr von der Zeit der Numeration zu verſtehen wären. Allein dieſe Erklärung iſt offenbar erzwungen, und iſt dem ganzen Zuſammenhange zuwider. Denn die nachfolgenden Worte *tua voluntate*, lehren ja unwiderſprechlich, daß vorher von einem ſolchen Falle die Rede war, wo kein Auftrag zur Auszahlung des Darlehns war ertheilet worden. Man unterſcheide alſo vielmehr mit Gerhard Noodt[57]), ob ich das für meine Rechnung ohne meinen Auftrag gegebene Darlehn nachher genehmige, oder nicht. Im erſten Falle wird ein Darlehn zwiſchen mir und dem Dritten, der das Geld in meinem Namen erhalten hat, contrahirt. So entſchied

56) Obſervation. iuris cap. 13. (in MEERMAN *Theſ. iuris civ. et canon. Tom. V. pag.* 573.)

57) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 277.

ſchied Ariſto, und Julian ſtimmt dieſer Meinung bey. Es kann wohl ſeyn, daß nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverſtanden geweſen ſind. Sie war aber unſtreitig nach Ulpian die herrſchende. Im letzten Falle hingegen verſteht ſich's, daß mir nicht wider meinen Willen eine Klage aufgedrungen werden kann. Derjenige kann alſo nur gegen den Schuldner klagen, der ihm das Geld gegeben hat. Da dieſer jedoch nicht die Abſicht hatte, für ſich zu erwerben, ſo kann er der Billigkeit wegen nur *condictione certi utili* klagen [58].

Wenn nun gleich die Uebergabe, ſie geſchehe wirklich oder brevi manu, zur Entſtehung eines Darlehns weſentlich nothwendig iſt; ſo dürfen doch auch nicht die zu einem gültigen Vertrage überhaupt erforderlichen Eigenſchaften fehlen [59]. Ein Irrthum, welcher die Einwilligung hindert, ſteht daher der Gültigkeit eines Darlehns ſogut, wie jedem andern Vertrage, im Wege. Denn es gilt auch hier die Regel: *mutuum, niſi inter conſentientes, contrahi non poteſt.* **Publius Juventius Celſus** hat hiervon einen merkwürdigen Fall in der berühmten *L.* 32. *D. de rebus creditis*, welche die Alten *legem auream*, *aureisque literis ſcribendam* nennen [60]. Sie lautet folgendergeſtalt:

 Si

58) *L. 4. §. 1. Cod. Si certum petat.* Idem ſi ceſſare mandatum animadverterit, *utilem tibi adverſus debitorem eo actionem nomine competere* non negabit. S. PRINS Diſſ. cit. de iis, quae ſunt ſingularia in mutuo. Cap. II. §. 12.

59) *L. 1. §. 3. D. de pactis.* Adeo *conventionis* nomen generale eſt, ut eleganter dicat *Pedius*, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, *quae non habeat in ſe conventionem.*

60) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 32. h. t.

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iuſſerim, tu ſtipulatus ſis, cum putares, eum Titii debitorem eſſe: an mihi obligaris? Subſiſto: ſiquidem nullum negotium mecum contraxiſti. Sed propius eſt, ut obligari te exiſtimem, non quia pecuniam tibi credidi (*hoc enim niſi inter conſentientes fieri non poteſt*); ſed quia pecunia mea[61]) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum eſt.

Es war hier ein Irrthum in der Perſon des Gläubigers vorgefallen, der die Entſtehung einer obligatio ex mutuo hinderte. Der Fall war nämlich der. Sempronius ſpricht mich, und nachher auch den Titius um ein Gelddarlehn an. Da ich gerade nicht bey Gelde war, ſo vertröſte ich ihn auf die Heimzahlung eines Capitals, welches ihm mein Schuldner, auf meine Ordre, auszahlen ſolle. Vermuthlich mochte ihn Titius auf gleiche Art vertröſtet

61) Die Florentine lieſet *mea*, QUAE *ad te pervenit*. Allein Haloander und Baudoza haben das *quae* nicht. Auch in unſerm *Cod. Pand. mſpto Erlang.* fehlt es; und dieſe Leſeart ſcheint mir den Vorzug zu verdienen *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. Lectionum iuris civ. pag. 77. ſucht indeſſen die florentiniſche Leſeart zu vertheidigen, und beruft ſich auf mehrere Stellen der Claſſiker, (CICERO *de L. Agrar.* I. c. 4. et II. c. 9. CICERO *de prov. conſul.* cap. 15. Id. *ad Atticum* Lib. VIII. Ep. 12. IUL. CAESAR *de Bello civ.* Lib. I. c. 41.) wo eine ähnliche Conſtruction vorkommen ſoll. In den *Baſilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 32. pag. 228. heißt es: δάνειον μὲν οὐ συνέςη, ἐνέχῃ δὲ μοι εἰς τὸ δοῦναί μοι ἅπερ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔλαβες. i. e. *mutuum quidem contractum non eſt, teneris tamen mihi reddere, quod ex re mea accepiſti.*

tröſtet haben. Ich ſchicke hierauf auch wirklich meinen Schuldner zu dem Sempronius hin. Dieſer giebt ihm die Verſicherung, daß er von ihm das benöthigte Geld erhalten ſolle. Es geſchahe mittelſt einer bey den Römern üblichen Stipulation, um ſich deſto gewiſſer darauf verlaſſen zu können. Er zahlt ihm auch wirklich die verlangte Summe aus. Allein Sempronius hält dieſen Mann für den Schuldner des Titius, und ſtipulirt mit ihm in dieſer Meinung. Wäre hier kein Irrthum in der Perſon des Gläubigers vorgegangen, ſo wäre wegen des beym Darlehn angenommenen Princips der fictio brevis manus die Gültigkeit des Contracts gar keinem Zweifel unterworfen. Allein wegen des Irrthums, in welchem ſich Sempronius befand, hatte er gar nicht mit mir contrahirt. Ich kann alſo auch nicht ex mutuo gegen ihn klagen. Soll aber deswegen gar keine Klage Statt haben? dies wäre unbillig. Sempronius hat doch das Geld von meinem Schuldner erhalten. Er muß es alſo auch wiederbezahlen. Mit Recht wird ihm daher der Billigkeit wegen eine Klage zugeſtanden. Was iſt dies aber für eine Klage? Die Rechtsgelehrten ſind darüber nicht einig. Einige[62]) halten ſie für eine *actio mutui utilis*, andere[63]) für eine *condictio indebiti*, andere für eine *condictio ſine cauſa*[64]), noch andere für eine

62) PUFENDORF Obſervation. iur. univ. Tom. II. Obſ. 183. §. 2. und Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 767. verglichen mit ſeines Sohnes Commentar über dieſes Lehrbuch 3. Band §. 766.

63) BUSIUS Comm. ad L. 32. h. t.

64) BARCLAJUS ad L. 32. und *Deſid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* T. II. pag. 1270.)

eine *condictio certi generalis*[65]), noch andere[66]) für eine *condictio ex Lege*, wieder andere[67]) für eine *actio in factum*, und wieder andere[68]) für eine *actio de in rem verſo utilis*. Iſt Einem an dem Namen der Klage gelegen, ſo kann man ſie meinetwegen mit Weſtenberg[69]) eine *condictio ex L. 32. D. de rebus creditis*, oder mit Joh. Lud. Conradi[70]), nach ihrem Erfinder, dem Römiſchen Juriſten, Juventius Celſus, *Condictio Iuventiana* nennen.

§. 780.

Inwiefern enthält der Darlehnscontract eine Alienation?

Daß im Darlehn das Eigenthum der dargeliehenen körperlichen Sache auf den Empfänger übertragen werde, lehrt der Begriff, und eben dies beweiſen die oben (§. 777.) angeführten Geſetzſtellen ſo klar, daß darüber kein Zweifel entſtehen kann. Auch in den Baſiliken[71]) heißt es ausdrücklich: τὸ δὲ δάνειον μετατίθησι δεσποτείαν. i. e. *mutuum autem dominium transfert*. Juſtinian ſetzt hierin vorzüglich

65) BREUNING Quaeſt. iuris controv. an mutuum contrahi poſſit inter ignorantes. *Lipſiae 1772*. §. 7.

66) So nennen ſie *Wolfg. Adam* LAUTERBACH in Commentat. in L. Si me et Titium XXXII. D. de reb. credit. *Tübingae* 1673. und *Died. Gotth.* ECKARD in Diſſ. de condictione ex L. 32. D. de reb. cred. *Lipſiae 1729*.

67) BACHOV Tr. de actionib. Diſſ. IV. Th. 24.

68) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CXXX. medit. 8.

69) De cauſis obligationum Diſſertat. III. cap. 2 — 5 70.

70) De Iuventiana condictione, quae eſt in L. 32. D. de rebus creditis. *Marburgi* 1774. 8.

71) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſtit. 2. §. 3. pag. 220.

lich den Unterſchied zwiſchen *mutuum* und *commodatum*. Denn im Leihcontract wird dem Andern bloß der beſtimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich eingeräumt, und zwar ſo, daß der Empfänger eben dieſelbe Sache nach gemachtem Gebrauche wieder zurückgeben muß. Hier wird alſo kein Eigenthum übertragen. Daher darf auch hier der Empfänger nicht für den Zufall haften, wie der Darlehnnehmer[72]), welcher die empfangene Sache, nicht in ſpecie, ſon-

72) Zuweilen geht die Gefahr des zufälligen Verluſtes auf den Empfänger über, wenn gleich der Darlehnscontract noch nicht zur Wirklichkeit gekommen iſt. Beyſpiele enthält folgende merkwürdige Stelle. *L. 4. D. de reb. cred.* Si quis nec cauſam, nec propoſitum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia deſideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, quia neceſſitatem forte proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, hoc depoſitum periculo eſt eius, qui ſuſcepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur*, periculo ſuo rem habebit. Es iſt jedoch in dem hier angeführten letztern Falle nach Maasgebung der *L. 11. pr. D. h. t.* ein Unterſchied zu machen, ob die Abſicht ein Darlehn zu geben die alleinige Urſache war, warum ich die Sache dem Empfänger zum Verkauf gegeben habe, oder ob ſie mir ſchon vorher feil war, und ich dem Empfänger blos erkläre, daß er das daraus zu löſende Geld als ein Darlehn behalten ſolle. Nur im erſten Fall trägt der Empfänger den Schaden, wenn die Sache vor dem Verkauf durch Zufall verlohren geht. In dem letztern aber muß ich den Schaden ſelbſt tragen. Es heißt nämlich *L. 11. cit.* Quod ſi lancem, vel maſſam ſine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaeſtionis eſt? Mihi videtur *Nervae* diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe, *venalem habui hanc lancem vel maſſam*, nec ne: ut ſi ve-

ſondern nur der Gattung, Qualität und Quantität nach, reſtituirt. Der §. 2. *I. Quib. mod. re contrab. obligatio* ſagt:

Is, cui res aliqua utenda datur, id eſt, *commodatur*, — ab eo, qui *mutuum* accepit, longe diſtat: namque non ita res datur, *ut eius fiat*, et ob id *de ea re ipſa reſtituenda* tenetur[73]). Et is quidem, qui *mutuum* accepit, ſi *quolibet fortuito caſu* amiſerit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumve incurſu: *nihilominus obligatus remanet.* At is, qui utendum accepit, ſane quidem exactam diligentiam cuſtodiendae rei praeſtare iubetur, — ſed propter maiorem vim maioresve caſus non tenetur, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenit.

Da nun die Uebertragung des Eigenthums auf einen Andern eine Alienation im rechtlichen Sinn genennt wird;

Eſt

venalem habui, *mihi perierit*, quemadmodum ſi alii dediſſem vendendam: quod ſi non fui propoſito hoc, ut venderem, *ſed haec cauſa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periiſſe*; et maxime, ſi ſine uſuris credidi. Man vergleiche *Franc.* DUARENI Commentar. in h. Tit. Pand. Cap. 8. *Operum* pag. 891. *Ulr.* HUBERI Eunom. Roman. Lib. XII. ad L. 11. D. de reb. cred. pag. 467. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXV. Th. 5.

73) THEOPHILUS *in Paraphr. graeca* ad h. §. 2. ſetzt dieſen Unterſchied noch deutlicher auseinander, wenn er ſagt: το μὲν γὰρ δάνεισμα μετατίθησι δεσποτείαν, τὸ δὲ κομμοδάτον ȣ̓ μετατίθησι· καὶ διὰ τȣ̃το τῇ τȣ̃ πράγματος ἀποκαταςάσει κρατεῖται ὁ χρησάμενος. i. e. *Mutuum enim transfert dominium, at Commodatum non transfert: atque ideo commodatarius ad ipſius rei reſtitutionem tenetur.*

Eſt enim *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur:

wie die Kaiſer Sever und Antonin *L.* 1. *Cod. de fundo dotali* reſcribiren: ſo ergiebt ſich hieraus die unläugbare Folge, daß ein gültiges Darlehn die volle Veräußerung der Sache enthalte. Die Geſetze ſagen dieſes auch an mehreren Orten ganz ausdrücklich. Denn wenn uns Paulus *L.* 16. *D. h. t.* belehren will, daß von gemeinſchaftlichen Geldern zwar jeder ſeinen Antheil wegleihen, aber keiner das gemeinſchaftliche Geld für ſich allein und ohne Wiſſen und Einwilligung der übrigen Theilhaber gültig auf ein Anlehn geben könne, ſo führt er zum Grunde ſeiner Entſcheidung an: quia ſuae *partis tantum alienationem habuit*: und African ſagt *L.* 41. *D. h. t.* geradezu: Quas vero pecunias *ipſe credidiſſet*, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipſe heres ſit, *alienatas* eſſe. Nam et ſi tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, *accipientis non facies.* Neque enim ſicut illud receptum eſt, ut debitores ſolventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, *ut credendo nummos alienaret.* Ich füge noch Juſtinians Zeugniß aus §. 2. *I. Quibus alienare licet* hinzu, wo es heißt: Nunc admonendi ſumus, neque pupillum neque pupillam rem ullam ſine tutoris auctoritate *alienare* poſſe. Ideoque ſi *mutuam pecuniam* ſine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, *quia pecuniam non facit accipientis.*

Die Alienation geht jedoch blos auf die **individuelle** Sache, welche im Darlehn dem Andern eingehändiget wird, nicht auf die **Quantität**, oder das **Genus**.

Denn

Denn der Gläubiger behält das Recht auf eine gleiche Quantität. In dieſer Beziehung ſagt **Ulpian** *L.* 213. §. 1. *D. de verbor. Signif.* Aes alienum eſt, quod nos alii debemus: Aes ſuum eſt, quod alii nobis debent. Auf ſolche Art läßt ſich nun der Streit leicht beylegen, welcher zwiſchen **Salmaſius**[74]) und ſeinen Gegnern **Carl Annib. Fabrotus**[75]), **Joh. Jacob Wiſſenbach**[76]), **Cyprian Regneri**[77]), **Polycarpus Sengeber**

74) SALMASIUS hatte nämlich zuerſt in ſeinem Buche de Uſuris. *Lugd. Batav. 1638.* und nachher in der Vorrede ſeines Tractats de modo uſurarum eine neue Meinung vorgetragen, daß nämlich im Darlehn keine Veräußerung vorgehe. Dieſe hatte er hierauf in einer beſondern Diatriba, in mutuo non fieri alienationem, unter dem Namen *Alexii a* MASSALIA, *domino de ſancto Lupo. Leidae* 1640. weitläuftiger zu erweiſen geſucht. Er antwortete auf die ihm entgegen geſetzten Gründe noch in einer beſondern Schrift unter dem Titel: Disquiſitio de mutuo, qua probatur non eſſe alienationem. *Lugd. Bat. 1645.* Es erfolgten nach dieſer Streitſchrift noch mehrere, welche Salmaſius gegen einzelne Gegner, nämlich gegen Heraldus, Wiſſenbach, Göſius u. Sengeber richtete. Man ſehe *Ger.* MEERMAN Praefat. Tomi III. *Theſauri iur. civ. et canon.* pag. 5. ſq. *Mart.* LIPENII Biblioth. iurid. cum Supplem. *Schott.* v. *Mutuum an ſit alienatio?* und WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 497.

75) Epiſtola de mutuo. *Lugd. Bat.* 1645. 8. EIUSDEM Replicatio adverſus Cl. *Salmaſii* refutationem, in qua mutuum alienationem eſſe oſtenditur. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1242. ſqq.)

76) Diatriba de mutuo eſſe alienationem eiusque vindiciae. *Franequerae 1660.* 12.

77) P. *Cunaei* ſententia: mutuum eſſe alienationem, adverſus *Salmaſium* defenſa a *Cypriano* REGNERI. *Lugd. Bat. 1640.* EIUSDEM Propemticon ad SALMASIUM. *Ibid. eod.*

ber[78]), Wilhelm Göſius[79]), und Joh. Otto Tabor[80]) über die Frage, ob das Darlehn eine Veräußerung enthalte, entſtanden iſt. Das Hauptargument, worauf Salmaſius ſeine Hypotheſe bauet, nämlich die Stelle Ulpians, welcher *L.* 55. *D. de Solutionib.* ſagt:

Qui ſic ſolvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui ſic dantur, ut recipiantur,

iſt gerade das unbedeutendſte. Denn der ganze Zuſammenhang lehrt, daß hier vom Darlehn gar keine Rede ſey, ſondern von der Bezahlung einer Schuld, welche, wie zuweilen der Fall iſt, blos zum Schein (dicis cauſa) geſchieht, und wodurch alſo der Schuldner nicht befreiet wird. Ueberdem ſagt hier Ulpian keinesweges: non alienari nummos, qui ſic dantur, *ut pro iis alii eiusdem generis et qualitatis reddantur*, wie im Darlehn geſchieht, ſondern er ſagt: *non alienari nummos*, qui ſic dantur, *ut recipiantur.* Es iſt alſo hier de ipſis nummorum corporibus die Rede, die ich z. B. dem Andern blos zur Prahlerey leihe, und welche er mir in Natur erſetzen muß. Hier kann denn freylich von keiner Alienation die Frage

78) Disceptatio de mutuo adverſus Cl. *Salmaſii* novum dogma. *Lutetiae* 1646. (in Ger. MEERMAN *Theſaur. iur. civ. et canon.* Tom. III. pag. 369. ſqq.)

79) Vindiciae pro recepta de mutui alienatione ſententia. *Lugd. Batav.* 1646. 8. rec. *Halae* 1768.

80) Redargutio Elenchorum *Salmaſii* de mutuo. (Adj. EIUSDEM *Tractatib. ſynopt. trib. de iure ſocidae* etc. *Argentorati* 1646. 8. pag. 353. ſqq.)

Frage ſeyn, weil das Geſchäft ein Commodatum iſt[81]. Der Unterſchied, den Salmaſius überdem zwiſchen Uebertragung des Eigenthums, welche er beym Darlehn nicht läugnet, und Alienation macht, die er darum nicht zugeben will, weil der Darlehnsempfänger eine gleiche Quantität dereinſt zurückzahlen muß, zeigt von ganz unrichtigen Begriffen, wie Cornelius van Bynkershök[82], Anton Schulting[83], van Idſinga[84], Ernſt Fried. Schröter[85], Chriſt. Gottl. Einert[86], und Theodor Lambert Prins[87] zur Genüge dargethan haben.

§. 781.

Wer kann ein Darlehn geben?

Aus dem Grundſatz, daß das Darlehn die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache enthält, iſt nun zunächſt die Frage zu entſcheiden, wer ein gültiges Darlehn geben könne? Es kann nämlich ein Darlehn nur der Eigenthümer geben, welcher die freye Verfügung über ſeine Güter hat,

81) CUJACIUS in Iulio Paulo ad L. 2. pr. D. de reb. credit. und SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXV. Theſ. 10. in fin.

82) Opuſcul. de rebus mancipi et nec mancipi. Cap. IX. circa fin. (in *Opuſcul. Lugduni Batav.* 1719. pag. 134.)

83) Iurisprud. Antejuſtin. pag. 147.

84) Diſſ. de mutuo. Cap. IV. (in OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 140. ſqq.)

85) Diſſ. de alienatione in mutuo contra *Salmaſium. Ienae* 1675.

86) Progr. de definitione alienationis, quae in mutuo fieri dicitur. *Lipſiae* 1772.

87) Diſſ. de iis, quae ſunt ſingularia in mutuo. Cap. 3. pag. 31. ſq.

hat[88]), oder wer ſonſt zur Veräußerung fremder Sachen befugt iſt, wie z. B. ein Bevollmächtigter des Eigenthümers oder der Vormund[89]). Hieraus folgt,

I. daß Perſonen, welche unter der Vormundſchaft ſtehen, und alſo zu keiner einſeitigen Veräußerung befugt ſind, ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein Darlehn geben können. Hierher gehören

1) Pupillen. Von dieſen ſagt Cajus *L. 9. pr. D. de auctor. et conſ. tutor.* Pupillus *credendo* obligare ſibi non poteſt, quia ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt. Eben ſo Theophilus[90]): ὁ πούπιλλος ἢ ἡ πουπίλλα οὐ δύνανται ἐκποιεῖν τὰ οἰκεῖα πράγματα *ſine tutoris auctoritate.* διὸ οὐδὲ δανείζουσι. i. e. *Pupillus vel pupilla res ſuas alienare nequeunt ſine tutoris auctoritate; quare nec mutuum dant.*

2) Minderjährige. Das Römiſche Recht unterſcheidet zwar in Anſehung derſelben, ob ſie einen Curator haben, oder nicht. Nur in dem erſten Falle werden ſie den Unmündigen gleichgeachtet, in dem letztern Falle hingegen können ſie ein gültiges Darlehn geben[91]). Allein da ſich dieſer Unterſchied darauf bezieht, daß Minderjährige nach

88) *L. 2. §. 4. D. h. t.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1866.

89) *L. 2. Cod. per quas perſonas. L. 26. D. h. t.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

90) *Paraphr. graec.* ad Lib. II. Tit. 8. §. 2.

91) *L. 3. Cod. de in integr. reſtit. minor.* S. *ab* IDSINGA Diſſ. de mutuo Cap. V. §. 9.

nach dem Römiſchen Recht keinen Curator wider ihren Willen erhielten[92]), welches aber nach den deutſchen Reichsgeſetzen[93]) abgeändert iſt, ſo fällt dieſer Unterſchied heut zu Tage weg, und es gilt alſo hier eben das, was vom Darlehn bey den Unmündigen bemerkt worden iſt[94]).

3) Gerichtlich erklärte Verſchwender. (*Prodigi*)[95]).

4) Wahnſinnige[96]).

Eben ſo wenig kann Jemand

II. fremde Gelder ohne Einwilligung des Eigenthümers zum Darlehn geben[97]). Auch nicht einmal ein Socius kann gemeinſchaftliche Gelder ohne Einwilligung der übrigen Mittheilhaber wegleihen. Das Darlehn iſt nur in Anſehung ſeines Antheils gültig. Denn Cajus ſagt *L.* 68. *pr. D. pro ſocio*: Nemo ex ſociis plus *parte ſua* poteſt alienare, etſi totorum bonorum ſocii ſint. Vorzüglich aber gehören hierher folgende Stellen.

L. 13. §. 2. *D. de reb. credit.* Nam et ſi communes tibi nummos credidero centum, poſſe me quinquaginta condicere, *libro octavo Quaeſtionum* PAPINIANUS ſcribit: etiamſi ſingula corpora communia fuerint.

L. 16.

92) §. 2. *I. de curator.*

93) Reichsabſch. vom J. 1548. u. 1577. Tit. 32.

94) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. nr. 3.

95) *L. 6.* D. *de Verbor. obligat.* S. Fried. Hoppe Verſuch, die Lehre von juridiſchen Verſchwendern ſyſt. u. critiſch zu bearbeiten. Gieſſen u. Darmſtadt. 1803. §. 8.

96) *L.* 12. *D. h. t. L.* 24. *D. de obligat. et action.* S. *Em.* MERILLII Commentar. ad L. 12. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 668.)

97) *L. 13. pr. et* §. 1. *D. h. t.*

L. 16. *D. eodem.* Si ſocius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet caeteri diſſenſerint. Quodſi *communem* numeravit, non alias creditam efficit, niſi caeteri quoque conſentiant: *quia ſuae partis tantum alienationem habuit*[98].

L. 94. §. 1. *D. de Solutionib.* Sin autem *communes nummos credam*, aut ſolvam: confeſtim *pro parte mea* naſcetur et actio et liberatio: ſive in ſingulis nummis communionem pro indiviſo quis eſſe intelligat, ſive in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem.

Iſt nun dennoch ein Darlehn in einem ſolchen Falle gegeben worden, wo der Darleiher nicht zur Veräußerung befugt war; ſo iſt zwar der Contract an ſich nichtig, und das Eigenthum wird daher durch die Uebergabe auf den Empfänger nicht übertragen. Es kann indeſſen das Geſchäft noch in der Folge durch Conſumtion oder Verjährung gültig, und hierdurch die actio mutui wider den Empfänger begründet werden. Da jedoch nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverſtanden ſind, ſo iſt es nöthig, zuvörderſt die Geſetze ſelbſt hierüber zu vergleichen.

§. 2. *I. Quib. alienare licet.* Nunc admonendi ſumus, neque pupillum, neque pupillam, rem ullam ſine tu-

 toris

98) *Em.* MERILLIUS Obſervat. Lib. VII. c. 21. unterſucht hier ausführlich, ob dieſe *L. 16.* von einer ſocietate omnium bonorum, oder nur partis bonorum zu verſtehen ſey. Er ſelbſt iſt geneigter, das Erſtere zu behaupten, obwohl das letztere anzunehmen, dem Wortverſtande viel angemeſſener iſt. Wir können aber dieſe Frage hier ganz bey Seite geſetzt ſeyn laſſen, weil darauf ſchlechterdings nichts ankommt. S. *van* IDSINGA Diſſ. cit. Cap. V. §. 1.

toris auctoritate alienare poſſe. Ideoque ſi mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate alicui dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque *vindicari* nummi poſſunt, ſicubi extant. Sed ſi nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide conſumti ſunt, *condici* poſſunt: ſi mala fide, *ad exhibendum* de his agi poteſt.

L. 11. *§.* 2. *D. de reb. cred.* Si fugitivus ſervus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus poſſit, quaeritur? Et quidem ſi ſervus meus, cui conceſſa eſt peculii adminiſtratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius ſervus contra voluntatem domini credendo, *non facit accipientis.* Quid ergo? *Vindicari* nummi poſſunt, ſi extant; aut ſi dolo malo deſinant poſſideri, *ad exhibendum agi.* Quodſi ſine dolo malo conſumſiſti, *condici* tibi poterunt.

L. 12. *D. eodem.* Si a furioſo, cum eum compotem mentis eſſe putares, pecuniam quaſi mutuam acceperis, eaque in rem tuam verſa fuerit, *condictionem* furioſo adquiri, IULIANUS ait: nam ex quibus cauſis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furioſo adquiri. Item ſi is, qui ſervo crediderat, furere coeperit, deinde ſervus in rem domini id verterit: *condici* furioſi nomine poſſe. Et ſi *alienam pecuniam* credendi cauſa quis dederit, deinde furere coeperit, et *conſumta* ſit ea pecunia, *condictionem* furioſo adquiri.

L. 13. *pr. et §.* 1. *D. eodem.* Nam et ſi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: ſed *conſumtis eis*, *naſcitur condictio.* Unde PAPINIANUS *libro*

bro octavo Quaeſtionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, *quam eos conſumſeris*. Quod ſi per partes eos conſumſeris, an per partes tibi condicam, quaerit? Et ait, condicturum, ſi admonitus alienos nummos fuiſſe, ideo per partem condico, quia nondum totos conſumtos compereram.

L. 19. §. 1. *D. eodem.* Si pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit, aut ſolvendi cauſa dederit, *conſumta pecunia condictionem habet*, vel liberatur: *non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, perveniſſe.* Quapropter ſi eandem pecuniam is, qui in creditum vel in ſolutum acceperat, alii porro in creditum vel in ſolutum dederit, *conſumta ea, et ipſe pupillo obligatur*, vel eum a ſe liberabit; *et eum, qui dederit, obligatum habebit*, vel ſe ab eo liberabit. *Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi cauſa dat, conſumta ea, habet obligatum eum, qui acceperit.*

Nach dieſen Geſetzſtellen ſind alſo folgende Fälle zu unterſcheiden.

1) Das Geld iſt bey dem Empfänger noch in Natur vorhanden. Hier kann es von dem Eigenthümer, oder deſſen Vorgeſetzten vindicirt werden, und es iſt hier gleichviel, der Empfänger ſey in gutem oder böſen Glauben. Iſt jedoch nach der Uebergabe durch Verjährung das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, ſo fällt auf Seiten des Eigenthümers jene Vindication weg, und dem Darleiher ſteht nun die actio mutui gegen den Schuldner zu [99]).

 2) Das

99) S. *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc. Tit. Pand. Cap. 2. in fin. (in *Operib.* pag. 881.) und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts. 2. B. §. 887.

2) Das Geld iſt conſumirt, das heißt, es iſt ausgegeben oder mit dem eigenen Gelde des Empfängers dergeſtalt vermiſcht worden, daß es nicht mehr davon unterſchieden werden kann[100]). Hier iſt wieder ein Unterſchied zu machen.

a) Das Geld iſt redlicher Weiſe von dem Empfänger conſumirt. Hier kann es condicirt werden. So ſagen alle die angeführten Geſetzſtellen. Es fragt ſich aber, was dies für eine condictio ſey? Viele[1]) ſagen, es ſey die condictio ſine cauſa, weil das Darlehn an ſich ungültig iſt. Andere[2]) nehmen hier eine eigne condictio de bona fide conſumtis oder de bene depenſis an. Allein es iſt in der That keine andere Klage als die actio mutui. Denn die conſumtio bonae fidei macht, daß nun die Bedingung der Klage, nämlich Erwerbung des Eigenthums ex cauſa mutui, vorhanden iſt[3]). Dies lehrt uns

1) Theo-

100) *L. 78. D. de Solut.* Ueberhaupt heißen fungible Sachen conſumirt, nicht nur wenn ſie verzehrt, oder veräußert, ſondern auch wenn ſie ſo mit den eignen Sachen des Empfängers vermiſcht ſind, daß ſie nicht mehr davon unterſchieden und abgeſondert werden können, oder auch ſo verändert ſind, daß man ſie nicht mehr in die alte Form zurückbringen kann. S. *Arn.* VINNII Commentar. ad §. 2. I. Quib. alienare licet. nr. 2.

1) *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. lic. p. 218. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. licet. Höpfner im Commentar §. 767. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1866. not. e. u. a. m.

2) S. PÜTTMANN Adverſar. iur. univ. Lib. II. c. 4. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XIV. Tit. 6. Qu. 13. not. 4.

3) S. den 8. Th. dieſes Commentars 1. Abthl. §. 578. S. 93.

1) **Theophilus**, welcher in ſeiner griechiſchen Paraphraſe ad §. 2. I. Quibus alienare licet ſagt: εἰ δὲ ἀνηλώθησαν bona fide, τουτέστι τοῦ δανεισαμένου νομίσαντος ἔφηβον εἶναι τὸν δανείσαντα, τότε ἡ in rem κινεῖσθαι οὐ δύναται, οὐδὲ γὰρ φαίνονται οἱ νοῦμμοι· οὔτε μὴν ad exhibendum, ἐπεὶ οὐδὲ κρύπτονται οἱ νοῦμμοι, οὐδὲ μὴν mala fide δεδαπάνηνται. τί οὖν γενήσεται, ἵνα μὴ τὸ ὑπὲρ τοῦ πουπίλλου εἰσενεχθὲν νόμιμον εὑρεθῇ τρεπόμενον εἰς βλάβην αὐτοῦ, καθ᾽ ὃ οὐδεμία αὐτῷ παρέχεται ἀγωγὴ ἐκ τῶν νομίμων κανόνων; λοιπὸν δοθήσεται αὐτῷ ὁ κονδικτίτιος. καὶ ὅπερ οὐκ ἐποίησεν ἡ τῶν χρημάτων απαρίθμησις, τουτέστι τὸ συστῆναι τὸ δάνεισμα, καὶ γενέσθαι τὸν δανεισάμενον ὑπεύθυνον τῷ κονδικτιτίῳ, τοῦτο ποιεῖ ἡ bonae fidei δαπάνη. τίκτεται γὰρ κἀνταῦθα ὁ κονδικτίτιος. i. e. Quod ſi *bona fide* conſumti ſint, id eſt, putante eo, qui accepit, puberem eſſe, qui dedit, tunc in rem actio moveri nequit, neque enim exſtant nummi; neque ad exhibendum, quia neque occultantur nummi, neque mala fide conſumti ſunt. Quid igitur fiet, ut ne ius pro pupillo introductum inveniatur converſum in eius damnum, quando ei nulla datur actio ex regulis iuris? *Reliquum eſt, ut ei detur condictio: et quod pecuniae numeratio non effecit, id eſt, ut mutui datio conſiſteret, atque accipiens teneretur condictione, id efficiat bonae fidei conſumtio, naſcitur enim et inde condictio.* Ein neuer Beweis, wie wichtig die griechiſche Inſtitutionen-Paraphraſe des Theophilus für die Erklärung des Juſtinianeiſchen Rechts iſt [4]).

 2) Daß

4) S. *Phil. Bernh.* DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Inſtitutionen Paraphraſe des griechiſchen Rechtslehrers Theophilus. *Lüneburg 1809.* 8. 5. Abſchn. S. 47. ff.

2) Daß beym Darlehn die bonae fidei conſumtio einer gültigen Numeration gleichgeachtet wird, beweiſen folgende Geſetzſtellen.

L. 15. *D. de rebus dubiis.* Quaedam ſunt, in quibus res dubia eſt, ſed ex poſtfacto retroducitur, et apparet, quid actum eſt. Ut ecce ſi res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam ſi quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla eſt; ſi vero repudiaverit, valet. Tantundem eſt, et ſi pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam ſi quidem non repudiaverit legatarius, *alienam pecuniam credidit*: Si vero repudiaverit, *ſuam pecuniam* credidiſſe videtur. Quid ergo, ſi *conſumta* fuerit pecunia? *utique idem erit ex eventu dicendum.*

L. 56. §. 2. *D. de fideiuſſor.* Si nummos alienos, quaſi tuos, mutuos dederis ſine ſtipulatione, nec fideiuſſorem teneri POMPONIUS ait. Quid ergo, *ſi conſumtis nummis naſcatur condictio?* Puto *fideiuſſorem obligatum fore:* in omnem enim cauſam acceptus videtur, quae ex ea numeratione naſci poteſt.

In beyden Stellen leuchtet der Satz deutlich in die Augen, daß das an ſich ungültige Darlehn durch die Conſumtion des Geldes convaleſcire. **Noodt** meint zwar, es widerſtreite die Regel: *Quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere*, welche **Paulus** *L.* 29. *D. de Reg. iuris* lehrt. Allein dieſe kann hier keine Anwendung finden. Zwar iſt ſie freylich nicht blos auf letzte Willensverordnungen zu beſchränken. Denn **Paulus** handelt *Libro* 8. *ad Sabinum*, woraus die *L.* 29. *cit.* genommen iſt, nicht von Teſtamenten, ſondern von Tutelen.

Dies

Dies beweiſen alle aus dieſem Buche in die Pandecten aufgenommenen Fragmente [5]). Sie findet auch ſelbſt bey Contracten Statt [6]). Aber doch nur bey Verbalcontracten, in welchen blos auf den Zuſtand zur Zeit des geſchloſſenen Geſchäfts geſehen wird [7]). Daß nun aber dies beym Darlehnscontract ganz und gar nicht der Fall ſey, erhellet

3) daraus, weil in der oben angeführten *L.* 19. *§.* 1. *D. h. t.* der Grund, warum die Condiction gegen den Empfänger geſtattet wird, ausdrücklich darin geſetzt wird, quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, perveniſſe. Dies kann doch wohl offenbar nichts anders heißen, als, weil durch das Factum der Conſumtion das Eigenthum der Sache nun im rechtlichen Verſtande auf den Empfänger übergegangen iſt. Folglich kann ja die Klage nicht die condictio ſine cauſa, ſondern es muß die condictio mutui ſeyn. Hierin ſtimmen auch die meiſten Rechtsgelehrten [8]) überein. Dem Eigenthümer ſelbſt ſteht daher in

5) *L.* 4. *L.* 17. *D. de tutel.* *L.* 3. *D. de auct. et conſ. tutor.* *L.* 2. *et* 4. *D. de tutelae et rationib. diſtrah.* *L.* 27. *D. de contrah. emt.* S. *Abr.* WIELING Iurisprud. reſtituta. Tom. I. pag. 200.

6) S. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris. Lib. IV. cap. 21. nr. 10. et cap. 22.

7) *§.* 2. *I. de inutilib. ſtipulat.* *L.* 83. *§.* 5. *L.* 137. *§.* 6. *D. de verb. obligat.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Tit. Pand. de diverſ. Regulis iuris. ad L. 29. cit. pag. 169. ſqq.

8) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XIII. cap. 28. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad hunc Tit. Pand. Cap. 2. (*Oper.* pag. 880.) *Io.* GOEDDAEUS Commentar. de rebus credit. Cap. III. Concluſ. 1. pag. 226. ſqq. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5. *Io.*

in dieſem Falle anders keine Klage gegen den Conſumenten zu, als wenn er ſich ſolche von dem Darleiher cediren läßt [9]).

b) Der Empfänger hat das Geld *mala fide* conſumirt. Hier hat die *actio ad exhibendum* gegen ihn Statt, welche zugleich auf Leiſtung alles durch den Eid des Klägers auszumittelnden Intereſſe gerichtet werden kann [10]). Theophilus hat in ſeiner griechiſchen Paraphraſe über den §. 2. *I. Quib. alien. licet* noch Folgendes zur Erläuterung hinzugefügt. Er ſagt nämlich: εἰ δὲ ὁ λαβὼν mala fide ἐδαπάνησεν αὐτοὺς, τουτέστιν εἰδὼς ὅτι πουπιλλός ἐστιν ὁ δανείσας, κατασχεθήσεται τῇ ad exhibendum. Ἐφ᾽ ὧν γὰρ φαινομένων κινεῖται ἡ in rem, ἐπὶ τούτων κρυπτομένων ἢ mala fide δαπανηθέντων χώρα τῇ ad exhibendum. i. e. *Si vero accipiens mala fide eos conſumſit, id eſt, ſciens pupillum eſſe, qui mutuos dedit, tenebitur ad exhibendum actione. In quibus enim extantibus actio in rem movetur, in iis occultatis aut mala fide conſumtis locus eſt actioni ad exhibendum.*

Noch

Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. *Anton.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXV. Th. 9. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Pandect. h. t. §. 23. *van* IDSINGA Diſſ. de mutuo. Cap. V. §. 8. *Franc.* BROEUS Expoſition. in Inſtitut. Lib. II. Tit. 8. §. 2. pag. 312. *Claud.* CANTIUNCULA Paraphraſ. in tres priores Inſtitut. libros Lib. II. Tit. 8. pag. 322. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 5. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. e. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 887. u. a. m.

9) *L. 2. Cod. Si certum petat.* HUBER Praelect. h. t. §. 5.

10) S. den 11. Theil dieſes Commentars §. 741. S. 188. und §. 744. S. 236.

Noch iſt die Frage zu berühren, welche Julian *L.* 20. *D. de reb. credit.* entſcheidet, nämlich ob ein gültiges Darlehn contrahirt werde, wenn ich dem Andern das Geld, was er mir creditirt hat, vorher mit der Bedingung geſchenkt hatte, daß er es mir wieder als ein Darlehn geben ſolle? Es kommt darauf an, ob er durch die Schenkung Eigenthümer des Geldes wurde, ſo daß er wieder das Eigenthum auf mich übertragen konnte? Julian ſagt, nach der Subtilität, wenn man nämlich blos bey den Worten ſtehen bleibt, und ſchikaniren will, könnte man Einem vorſpiegeln, das Geſchäft ſey weder eine Schenkung noch Darlehn. Keine Schenkung, weil das Geld nicht in der Abſicht gegeben worden iſt, daß es dem Empfänger auf immer verbleiben ſolle. *Nummi enim non alienantur, qui ſic dantur, ut recipiantur*, ſagt ſelbſt Ulpian[11]). Es ſcheint aber auch durch die Zurückgabe des Geldes kein Darlehn contrahirt zu werden, weil der Beſchenkte ſich hierdurch mehr einer übernommenen Verbindlichkeit zu entledigen ſucht, als daß er den Donator dadurch verbindlich machen ſollte, weil letzterer nichts, als das Seinige, zurück erhält. Allein dieſe Subtilität bey Seite geſetzt, mit welcher jedoch einige Römiſche Juriſten ſchikanirt haben mögen, wie ſich aus Marcells Aeußerung *L.* 67. *D. de Solut.* nicht undeutlich ſchließen läßt, folgt Julian der Billigkeit, und erklärt beydes die Schenkung, und das in Gemäßheit derſelben gegebene Darlehn für gültig. Julians Worte lauten folgendermaßen.

Si tibi pecuniam donaſſem, *ut tu mihi eandem crederes*, an credita fieret? Dixi, in huiusmodi propoſitionibus

11) L. 55. D. de Solut.

nibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem eſſe, neque pecuniam creditam. Donationem non eſſe, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non eſſe, quia exſolvendi cauſa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed haec intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum: *benignius tamen eſt, utrumque valere.*

Anton Faber [12]) will zwar dieſe Stelle ſo verſtehen, als ob wirklich Julian der Meinung geweſen, daß in dem hier vorgetragenen Falle das Darlehn ſowohl, als die gemachte Schenkung ungültig ſey. Er glaubt daher, die letzten Worte: *Sed haec intelligenda ſunt* etc. wären vom Tribonian, oder einem andern unwiſſenden Ausleger hinzugefügt worden, um dieſe Stelle mit *L.* 33. §. 1. *D. de donat.* zu vereinigen, wo Hermogenian ſagt:

Ea lege donationis cauſa pecunia Titio numerata, ut ſtatim donatori mutuo detur, *non impeditur dominii translatio*; ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quaeritur.

Ihm ſtimmt auch Ulrich Huber [13]) bey. Allein van Idſinga [14]), Anton Schulting [15]) und Pothi-

er

12) Rational. in Pandect. ad L. 20. h. t.

13) Eunom. Roman. ad L. 20. D. h. t. pag. 474.

14) Diſſ. de mutuo. Cap. V. §. 6.

15) Theſium controverſar. Decad. XXXV. Th. 10.

er[16]) haben dieſe Meinung mit Grund verworfen. Es iſt ſchon darum gar nicht wahrſcheinlich, vom Julian zu behaupten, daß er der Subtilität den Vorzug vor der Billigkeit eingeräumt haben ſollte, da er ſich zur Secte der Sabinianer bekannte, deren Hauptgrundſatz war, in zweifelhaften Fällen die Billigkeit dem ſtrengen Rechte vorzuziehen. Die unbedeutenden Zweifelsgründe ſind von Hubert Giphanius[17]) und Joſeph Fineſtres[18]) umſtändlich widerlegt worden. Ich bemerke nur noch, daß auch die Baſiliken[19]) die richtige Erklärung beſtärken, in welchen die *L.* 20. *h. t.* folgendermaßen ausgedruckt iſt: Ἐὰν δωρήσωμαί σοι νομίσματα ἐπὶ τῷ δανεῖσαί μοι, ταῦτα καὶ δανείσῃς, οὐδέτερον πρὸς ἀκρίβειαν, ἀλλὰ φιλαγάθως ἑκάτερον ἔῤῥωται. i. e. *Si tibi nummos ea lege donavero, ut tu mihi eosdem crederes, et credideris, neutrum ſecundum ſtrictam rationem valet, ſed ſecundum benignitatem utrumque.*

§. 782.

Wer kann ein Darlehn gültig aufnehmen?

Wer ein Darlehn gültig aufnehmen will, muß nicht nur überhaupt fähig ſeyn, ſich durch Vertrag zu verpflichten, ſondern er darf auch nicht in dem Falle ſich befinden, wo ihm die Geſetze die Uebernehmung einer Verpflichtung durch ein Darlehn unterſagen. Hieraus folgt,

1) das

16) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. k.

17) Lecturae Altorphin. ad L. 33. D. de donation. nr. 10. ſqq. pag. 164.

18) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 33. §. 1. D. de donat. pag. 910. ſqq.

19) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 20. pag. 226.

1) daß Wahnſinnige, gerichtlich erklärte Verſchwender und Pupillen ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein gültiges Darlehn aufnehmen können. Es entſteht daraus nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, die ſie für ihre Perſon treffen könnte, außer inſofern der Darleiher zu beweiſen vermöchte, daß ſie dadurch bereichert worden ſind [20]). *L.* 59. *D. de obligat. et action.* ſagt: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali obligatur.* Und in der *L.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb.* heißt es: Item quod pupillus *ſine tutoris auctoritate* mutuum accepit, *et locupletior factus eſt*, ſi pubes factus ſolvat, non repetit. Nam hoc natura aequum eſt, fügt *L.* 14. *D. eodem* noch hinzu, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Daß auch Wahnſinnige und Pupillen hierin gleiche Rechte haben, lehrt *L.* 46. *D. de obligat. et actionib.* Furioſus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam ſine curatore, vel tutoris auctoritate. Von einem gerichtlich erklärten Verſchwender ſagt endlich Ulpian *L.* 6. *D. de Verbor. obligat.* im Allgemeinen; Is, cui bonis interdictum eſt, *non poteſt promittendo* obligari. In Anſehung der Minderjährigen iſt nach dem Röm. Recht ein Unterſchied zu machen, ob ſie unter der Curatel ſtehen, oder nicht. Im erſten Falle gilt hier eben das, was von Unmündigen und Verſchwendern geſagt worden iſt; in dem andern Falle hingegen kann zwar ein Minderjähriger durch Darlehn ſich verpflichten; wenn er

20) S. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 3. *Oper.* pag. 881. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 46. D. de obligat. et actionib. *ab* IDSINGA Diſſ. de mutuo. Cap. V. §. 7. 9. 10. et 11. und Frid. Hoppe Lehre von jurid. Verſchwendern §. 8. S. 58.

er jedoch beweiſen kann, daß er keinen Nutzen davon gehabt habe; ſo kann er ſich dagegen in integrum reſtituiren laſſen [21]). Dieſer Unterſchied fällt aber heut zu Tage weg, weil es nicht mehr von der Willkühr der Minderjährigen abhängt, ob ſie einen Curator haben wollen, oder nicht [22]).

2) Niemand wird in der Regel durch ein von einem Dritten aufgenommenes Darlehn verbindlich, außer in den Fällen, wo überhaupt Jemand durch fremde Handlungen verbindlich gemacht wird [23]). Aus dieſem Grunde wird alſo

a) eine Societät durch das von einem Mitgliede derſelben für ſie aufgenommene Darlehn anders nicht verbindlich, als wenn er entweder von der ganzen Geſellſchaft die Vollmacht, für ſie zu contrahiren, erhalten hatte, in welchem Falle ſodann die Geſellſchaft, ohne weitern Beweis einer Verſion, verbunden iſt [24]), oder das Anlehn in der Folge von der ganzen Geſellſchaft ausdrücklich oder ſtillſchweigend, z. B. durch Bezahlung der Zinſen aus der gemeinſchaftlichen Caſſe, genehmiget worden iſt [25]), oder

der

21) *L. 43. D. de obligat. et act. L. 3. Cod. de integrum reſtitut. minor. L. 1. et 2. Cod. Si adverſus creditor.* LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. u. *ab* IDSINGA cit. Diſſ. Cap. V. §. 9.

22) S. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 72. und §. 73.

23) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 315.

24) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. de ſociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. *Tüb. 1668.* §. 22.

25) Gmelin von Aufſätzen über Verträge. §. 106. S. 229.

der Gläubiger beweiſen kann, daß das Geld zum gemeinſchaftlichen Nutzen der Geſellſchaft verwendet worden ſey [26]). Eben dies gilt auch

b) von Perſonengemeinheiten. Wenn nämlich eine Gemeinheit oder Korporation, z. B. eine Stadt, Kirche oder Academie aus einem Darlehn verbunden werden ſoll, ſo wird dazu erfordert, daß entweder die Gemeinheit in der nach dem gemeinem Recht erforderlichen, oder durch Obſervanz hergebrachten Form ihre Einwilligung gegeben habe, oder die Verwendung des entlehnten Geldes zu derſelben Nutzen vom Gläubiger erwieſen werden kann [27]). Es ſind alſo hier zwey Fälle zu erörtern.

1) Die Gemeinde hat in die Aufnahme des Anlehns auf eine geſetzmäßige Art conſentirt. Um dieſes richtig zu beurtheilen, iſt vor allen Dingen darauf zu ſehen,

α) ob die Gemeinheit ihre gewiſſen Repräſentanten hat, welche, vermöge einer immerwährenden Vollmacht, Etwas im Namen der ganzen Gemeinde zu verfügen berechtiget ſind. Dergleichen ſind z. B. in den Städten die Viertelsmeiſter, und der Ausſchuß der Bürgerſchaft, in den Dörfern

26) *L. 82. D. pro Socio.* Iure ſocietatis per ſocium aere alieno ſocius non obligatur, *niſi in communem arcam pecuniae verſae ſunt.* S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 45.

27) S. *Io. Volkm.* BECHMANN Diſput. de civitatis ex mutuo obligatione. *Ienae 1677. Sam.* STRYK Diſput. de civitate obaerata. *Francof. ad Viad. 1683. Iac.* BORN Exercitat. de condictione certi ex mutuo de in rem verſo ex contractu adminiſtratorum contra civitatem competente. *Lipſiae 1676.* und *Rud. Chriſt.* HENNE Progr. de mutuo a collegiis et corporibus contracto. *Erfordiae 1774.*

fern die Gemeindevorſteher oder Aelteſten. Hier iſt die Einwilligung der Repräſentanten allein hinreichend, und es wird kein weiterer Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert [28]).

β) Die Gemeinheit hat keine ſolche Repräſentanten. In dieſem Falle muß die Einwilligung von der Gemeinheit ſelbſt durch einen dieſerhalb auf eine legale Art abzufaſſenden Beſchluß ertheilt werden. Es iſt daher zwar nicht nöthig, daß alle und jede einzelne Mitglieder der Gemeinde einwilligen; allein es müſſen doch

aa) alle und jede Mitglieder nach der bey jedem Collegium hergebrachten Weiſe zuſammenberufen, und um ihre Einwilligung befragt werden;

bb) wenigſtens zwey Drittheile derſelben ihre Stimmen geben, und

cc) von dieſen zwey Dritteln die größere Anzahl einwilligen [29]).

Iſt dieſes gehörig beobachtet worden, ſo iſt die Gemeinheit durch ihre Einwilligung verbunden, und der Darleiher hat nicht nöthig, die Verwendung des Geldes zu der-

28) S. STRYK de cautelis contract. Sect. II. cap. I. §. 5. RICHTER Deciſ. LXXI. nr. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 3. Georg Ludw. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Deciſ. 218. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſtion. forenſ. Tom. III. Cap. 63.

29) STRYK Diſſ. cit. de civitate obaerata Cap. I. nr. 74 — 86. und Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 118. S. 255.

derſelben Nutzen zu beweiſen [30]). Es kann indeſſen der Gemeinheit die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſagt werden, wenn ſie beweiſen kann, daß das Geld zu ihrem Nutzen nicht verwendet worden ſey [31]).

2) Die Einwilligung iſt in dieſer Form nicht ertheilt, ſondern das Darlehn blos von ihrem Verwalter oder einzelnen dazu nicht beſonders bevollmächtiget geweſenen Mitgliedern aufgenommen worden. Hier ſind allein die Aufnehmer des Darlehns, welche die Schuldverſchreibung ausgeſtellet haben, verbindlich. Die Gemeinheit ſelbſt aber kann anders nicht belangt werden, als wenn ſie entweder noch in der Folge die Geldaufnahme gebilliget hat, oder die Verwendung des Geldes zu derſelben Nutzen vom Kläger bewieſen werden kann [32]). Es gehören vorzüglich hierher folgende Geſetzſtellen.

L. 27. *D. h. t.* Civitas mutui datione obligari poteſt, *ſi ad utilitatem eius pecuniae verſae ſunt*: alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Novell.

30) STRYK de cautel. contract. c. I. §. 4. *Idem* in Uſ. mod. Pand. h. t. §. 27. CARPZOV P. II. Conſtit. VI. Definit. 18. nr. 11. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XVI. Th. 18. not. *δ*. BECHMANN Diſſ. cit. de civitatis ex mutuo obligat. P. II. Cap. 1. nr. 1. ſqq. Gmelin a. a. O. §. 118. und HENNE cit. Progr. §. 3.

31) *L. 3. Cod. de iure reipubl.* HENNE Progr. cit. §. 6. und *Hartm.* PISTORIS Quaeſt. iuris Lib. I. Quaeſt. 37. nr. 56. ſq.

32) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 33 ſq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 6.

Novell. CXX. Cap. 6. §. ult. Si epiſcopus aliquis, vel Oeconomus, vel Adminiſtrator cuiuscunque venerabilis domus, ſive in hac regia urbe, ſive in provinciis ſitae, mutuam pecuniam acceperit, vel poſtea accepturus ſit: iubemus, ne illi ſacrae domui eam imputent, *niſi prius eas in utilitatem dictae ſacrae domus verſam eſſe oſtenderint*: neque ipſe *creditor*, vel *heredes eius* contra venerabilem domum eius nomine ullam actionem habeant, *niſi in cauſas ad venerabilem domum pertinentes pecuniam illam verſam eſſe oſtenderint*: ſed actiones ſuas contra eum, qui mutuam pecuniam accepit, eiusque heredes moveant.

Der Gläubiger kann zum Behuf der ihm obliegenden Beweisführung diejenigen, welche das Darlehn für die Gemeinheit aufgenommen, und ihm die Schuldverſchreibung ausgeſtellt haben, zur Vertretung auffordern, daß ſie ihm bey dieſem Beweiſe der Verwendung wider die Gemeinheit beyſtehen[33]. Er iſt auch befugt, die Vorlegung der Gemeinheits-Rechnungen zu verlangen[34]. Keineswegs aber iſt das bloße in der Schuldverſchreibung enthaltene Geſtändniß des Ausſtellers über die geſchehene nützliche Verwendung zum Beweis derſelben hinreichend, wofern nicht noch andere Gründe und Vermuthungen hinzutreten, welche allenfalls dem Erfüllungseide Raum geben können[35].

 Uebri-

33) S. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 118. S. 257. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. pag. 415.

34) *de* CRAMER Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 116.

35) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 70. et 74. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 9. et 10.

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß wenn auch eine Gemeinheit aus dem Darlehn wirklich verpflichtet iſt, die Wiederbezahlung deſſelben doch nur aus dem Vermögen der Gemeinheit, als moraliſche Perſon betrachtet, gefordert werden kann [36]). Die einzelnen Mitglieder derſelben haften daher mit ihrem Vermögen dafür nicht, wofern nicht entweder nachgewieſen werden kann, daß das von der Gemeinde aufgenommene Geld zum Vortheil einzelner verwendet worden ſey [37]), oder die einzelnen Mitglieder der Gemeinde ſich auf den Fall, da die Gemeindegüter nicht zureichen ſollten, zur Bezahlung beſonders verpflichtet hätten [38]).

c) Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn ein Vormund, als ſolcher, für ſeinen Pupillen oder Curanden eine Anleihe aufgenommen hat, und der Mündel daraus belangt wird. Hier iſt das Darlehn an ſich nach dem ſtrengen Recht gültig, und daher die Klage durch die Handlung des Vormundes ſelbſt ſchon hinlänglich begründet [39]). Nam factum tutoris legitime gestum censetur esse factum pu-

36) *L. 7. §. 1. D. Quod cuiusque univerſitat. nomine. L. 6. §. 1. D. de diviſ. rer.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſtit. 6. Def. 24. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. Part. V. Obſ. 11. LEYSER Specim. CXXXI. medit. 4. et 5.

37) WERNHER cit. loc. nr. 8.

38) WERNHER c. l. nr. 7. Gmelin a. a. O. S. 259.

39) Nach der Subtilität des Röm. Rechts iſt jedoch die Klage nur eine actio utilis. S. Höpfners Commentar über die Heinecciſchen Inſtitutionen §. 205. und Weber zu Höpfner Not. 2. S. 232.

pupilli [40]). Schützt daher der geweſene Pupill vor, daß das Geld nicht in ſeine Angelegenheiten verwendet worden ſey, ſo muß er den Beweis übernehmen. Denn gegen einen nach dem ſtrengen Recht gültigen Handel kann nur die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſucht werden. Hier muß aber der Minderjährige immer den Beweis der Läſion übernehmen [41]). Es kann auch dieſer Beweis dem Minderjährigen gar nicht ſchwer fallen, da die Vormundſchaftsrechnungen es ergeben müſſen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen, von ſeinem übrigen Vermögen ohne die Anleihe zu beſtreiten waren oder nicht. So lehren **Hommel** [42]) und **Weber** [43]), und, wie ich glaube, nach theoretiſchen Gründen ganz richtig. Dennoch behaupten viele Rechtsgelehrten [44]), daß der Gläubiger, wenn er auch mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hätte, dennoch die wirkliche zum Beſten des Pupillen geſchehene Verwendung des Geldes beweiſen müßte. Man beruft

40) Arg. §. 9. *I. de inutil. ſtipulat. et L. 5. D. de reg. iur.* Es hat auch kein Geſetz die Gültigkeit einer ſolchen Anleihe von der Zuſtimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

41) *L. 5. Cod. de reſtitut. in integr. minor.*

42) Ad MENCKEN Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 435. pag. 158.

43) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. nr. 11. S. 200. ff.

44) WERNHER Obſervation. for. Tom. II. Part. VI. Obſ. 387. BOEHMER Doctrina de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 4. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 467. in fin.

ſich deswegen vorzüglich auf die *L. 3. Cod. Quando ex facto tutor.* in welchem es heißt:

Si in rem minoris pecunia profecta ſit, quae curatori, vel tutori eius nomine minoris mutuo data eſt, merito perſonalis in eundem minorem actio danda eſt.

Allein man muß hier nicht aus der Acht laſſen, daß dieſe L. 3. ein kaiſerliches Reſcript iſt, in welchem es nicht beſonders auf die Frage ankam, wem der Beweis obliege, wenn der Minderjährige dem Kläger die Einrede entgegenſetzt, daß das ſeinem Vormunde für ihn geliehene Geld nicht zu ſeinem Beſten verwendet worden ſey. Die Anfrage des Prudentianus, auf welche hier der Kaiſer Gordian reſcribirt, ging vielmehr dahin, ob ein Minderjähriger aus einem Darlehn, welches ſein Vormund, als Vormund, zum Beſten deſſelben aufgenommen hat, überhaupt belangt werden könne? Der Zweifelsgrund war, weil nach der Subtilität des römiſchen Rechts der Grundſatz angenommen war, daß Niemand durch einen freyen Menſchen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend Etwas verbindlich gemacht werden könne [45]). Man glaubte daher, der Vormund könne, ohne Zuziehung des Mündels, wenn dieſer kein Kind mehr iſt, nicht allein für ſich handeln [46]). Dabey konnte denn alſo die Frage, wem der Be-

45) *L. 73. §. 4. D. de Reg. iuris. L. 11. D. de obligat. et action. L. 126. §. 1. D. de verbor. obligat. L. 1. C. Per quas perſon.* Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89. a. S. 370.

46) *L. 37. §. 1. D. ad SCtum Trebell. L. 5. C. de iure delib. L. 5. C. Quando ex facto tutor.* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXXXIV. medit. 1.

Beweis der geſchehenen Verwendung obliege, füglich bey Seite geſetzt bleiben, da denſelben der Antrag des Supplikanten, inſofern dieſer den zum Beſten des Minderjährigen geſchehenen Gebrauch der Anleihe als ausgemacht oder unbeſtritten angab, ganz überflüßig machte [47]). Heutzutage kann die Richtigkeit unſerer Behauptung noch wenigerem Zweifel unterworfen ſeyn, da unſere Vormünder gewöhnlich alle vormundſchaftlichen Geſchäfte ſelbſt und ohne Zuziehung ihrer Pflegbefohlnen verrichten [48]). Mit Recht ſagt daher Schilter [49]): Quum ratio iuris Romani ceſſet apud nos, et liber homo per liberum hominem acquirere et obligari utique poſſit, neque requiratur pupilli perſona, ſed tutor ſolus omnia recte expediat, conſequens eſt, regulam iuris Romani a nobis receptam non fuiſſe, ſed pupillum, etſi eius praeſentia, vel conſenſus non intercedat, valide obligari regulariter, aeque ac iure Quiritium, ſi ipſe pupillus negotium gerit, et tutor auctoritatem adiicit.

Endlich 3) können auch diejenigen kein gültiges Darlehn aufnehmen, welche ſich zwar durch Verträge verbindlich machen können, denen aber die Geſetze in einem gewiſſen Falle und aus beſondern Gründen Geld zu borgen unterſagen. Bey den Römern gehörten dahin

 a) die

47) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung a. a. O. Not. 53. S. 202.

48) S. Weſtphals Rechtsgutachten Lib. XXVI. Tit. 8. §. 1. S. 141. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 213.

49) Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 131.

a) die Praeſides provinciarum, welche, ſo lange ſie ſich in der ihnen angewieſenen Provinz befanden, von den Einwohnern derſelben kein Geld borgen durften; von andern, außer ihrer Provinz, Gelder aufzunehmen, war ihnen nicht verboten. So ſind folgende Stellen mit einander zu vereinigen.

L. 16. Cod. Si certum petatur. Quisquis iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, ſi in provincia fuerit verſatus, quaſi emtor legum atque provinciae, — exilii poena una cum ipſo iudice plectetur.

L. 34. §. 1. D. de reb. credit. Praeſes provinciae mutuam pecuniam foenebrem ſumere non prohibetur.

Beyde Geſetze werden jedoch von den Rechtsgelehrten auf ſehr verſchiedene Art erklärt. **Franz Connanus** [50]) verſteht ſie ſo, ein Römiſcher Präſes habe in der Provinz nur kein Geld ohne Zinſen aufnehmen dürfen, weil man ein unverzinsliches Darlehn als eine Art von Geſchenk betrachtete, dergleichen den Gouverneurs verboten war. Gelder auf Zinſen aufzunehmen, ſey ihm nicht verboten geweſen. Hingegen von Partheyen, die der richterlichen Hülfe benöthiget waren, habe er, ſo lange der Prozeß nicht entſchieden war, gar kein Geld, weder mit noch ohne Zinſen, borgen dürfen, weil man dies als eine Art von Beſtechung angeſehen habe. **Salmaſius** [51]) verwandelt das *verſatus* in der *L. 16. cit.* in ſervatus, und verſteht das Geſetz von einem ſolchen Falle, wo der Praeſes provinciae ſich durch Geldaufnahme eine Verlängerung der Adminiſtration der

50) Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. Cap. 2. fol. 456. ſq

51) De uſuris Lib. I. cap. 5.

der Provinz zu verſchaffen geſucht hat; wodurch aber offenbar der Sinn des Geſetzes ganz entſtellt wird. **Franz Duarenus**[52]), **Joh. Jacob Wiſſenbach**[53]) und **Anton Schulting**[54]) nehmen auch als Regel an, dem Präſes der Provinz ſey es nicht verboten geweſen, Geld zu borgen; allein wer ihm Geld geliehen habe, in der Meinung, ihn durch dieſen Geldvorſchuß verbindlich zu machen, und nun durch denſelben Alles nach ſeiner Willkühr durchſetzen zu können, ſey mit dem Exilium beſtraft worden. Dies ſey der Sinn der *L.* 16. *Cod.* Allein die richtigſte Erklärung ſcheint wohl die des **Emund Merillius**[55]) zu ſeyn, welcher ſagt: In dicta L. 16. prohiberi iudici foenebrem pecuniam dari ab eo, *qui in ea provincia verſatur*, *quam iudex adminiſtrat*; ne ita, obaerato ſibi Praeſide, per eum leges, iura, atque Provinciam nundinetur. Non prohibetur foenebrem pecuniam dare iudici is, qui in provincia non verſatur, ſed is ſolum, qui in provincia verſatur. **Van Idſinga**[56]) hat zwar Verſchiedenes gegen dieſe Erklärung einzuwenden geſucht, er ſetzt ihr beſonders die Auctorität der Baſiliken und des **Harmenopulus** entgegen. Allein **Prins**[57]) hat die Merilliuſiſche Erklärung vollkommen gerechtfertiget. Ob nun wohl die angeführten Geſetzſtellen ſich offenbar auf das Verhältniß beziehen, in welchem ein römiſcher Prä-

52) Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 4.

53) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Diſputat. XXIV. Th. 15.

54) Theſium controverſar. Decad. XXXVI. Th. 2.

55) Obſervation. Lib. I. cap. 30.

56) Diſputat. de mutuo. Cap. VII. §. 7. ſqq. Man ſehe auch PÜTTMANNI Varia iur. civ. capita. Cap. 5.

57) Specim. de iis, quae ſunt ſingularia in mutuo. Cap. IV. §. 2.

Präſes zu den Provinzialen ſtand, dergleichen heutiges Tages nicht mehr Statt finden kann; ſo ſtellen doch die meiſten Rechtsgelehrten [58]) mit Beziehung auf die *L*. 16. *C*. den Grundſatz auf, daß es keinem Richter erlaubt ſey, von den Partheyen Geld zu borgen, ſo lange der Proceß nicht entſchieden iſt.

b) Auch ſolchen Perſonen, die noch unter väterlicher Gewalt ſtehen, ſoll kein baares Geld ohne Einwilligung des Vaters geliehen werden. Das Senatusconſultum Macedonianum verſagt dem Gläubiger die Klage, und giebt dagegen eine Einrede, mit welcher ſich ſowohl der Vater als der Sohn, ja auch ſogar der Bürge gegen die Klage des Gläubigers ſchützen kann. **Juſtinian** ſagt §. 7. *I. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt.* Senatusconſultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dare eis, qui in poteſtate parentis ſunt: et ei, qui crediderit, denegatur actio tam adverſus ipſum filium, filiamve, nepotem neptemve, — quam adverſus patrem avumve. Quae ideo Senatus proſpexit, quia ſaepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitae parentum inſidiabantur. Es wird davon Lib. XIV. Tit. 6. ausführlicher gehandelt werden.

c) Soldaten können zwar nach dem gemeinen Rechte gültige Darlehne aufnehmen, und es kommt in Anſehung derſelben nicht einmal darauf an, ob ſie noch unter väterlicher

58) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 11. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. PACIUS Εναντιοφανων ſ. Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 75. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1867.

cher Gewalt ſind, oder nicht. Das Darlehn, was ein filiusfamilias miles aufgenommen hat, iſt gültig, der Vater mag ſeine Einwilligung dazu gegeben haben, oder nicht. Er ſoll zur Wiederbezahlung deſſelben ohne Unterſchied verbunden ſeyn, es ſey ihm dargeliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, theils weil überhaupt der filiusfamilias, welcher Soldat iſt, als homo ſui iuris betrachtet wird, theils weil bey jedem Soldaten vermuthet werden ſoll, daß das Geld zum Zweck der cauſae castrenſis, das iſt, zum Behuf der Kriegsbedürfniſſe, aufgenommen, und verwandt ſey. Es gehört hierher die merkwürdige Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L. 7. §. 1. Cod. ad Senatuscons. Macedon.* wo es heißt: Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, ſive ſine mandato, ſive conſenſu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, ſtare oportet contractum: nulla differentia introducenda, ob quam cauſam pecuniae creditae, vel ubi conſumtae ſint? In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non abſimiles videntur hominibus, qui ſui iuris ſunt: et ex praeſumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, niſi in cauſas caſtrenſes[59]. Nur darin

59) Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 125. behauptet zwar, daß dieſe Vermuthung zu Friedenszeiten bey den meiſten Soldaten keinen Platz finden werde, und daß daher die exceptio SCti Macedoniani Statt finde, wenn die geliehenen Gelder zur Anſchaffung der Kriegsgeräthſchaft wirklich nicht gebraucht ſeyn könnten. Denn die evidentia rei entkräfte die ſtärkſten Vermuthungen. Allein daß dieſe reſtrictive Auslegung dem Geiſt des Geſetzes ganz entgegenſtreite, hat THIBAUT in der

darin begünſtigen die Geſetze Soldaten mehr, als andere Schuldner, daß der Gläubiger ſich an ſeine Beſoldung oder andere Dienſteinkünfte nicht halten kann, ſolange noch anderes Vermögen vorhanden iſt, woraus der Gläubiger ſeine Befriedigung erhalten kann [60]). Allein nach mehreren deutſchen Provinzialgeſetzen können Soldaten ohne Einwilligung des Chefs oder Commandeurs keine gültige Darlehne aufnehmen [61]). Endlich

d) können nach deutſchen Rechten auch Frauensperſonen an den Orten, wo die Geſchlechtscuratel eingeführt iſt, nicht ohne Zuziehung und Einwilligung ihres Curators durch Darlehn ſich verbindlich machen; ſo wie auch Ehefrauen, welche in einer allgemeinen Gütergemeinſchaft leben, nicht ohne Einwilligung ihrer Ehemänner Schulden machen können, welche für die Gütergemeinſchaft verbindlich ſind [62]). Nach gemeinen Rechten hingegen können Frauens-

der Theorie der logiſchen Auslegung des Roem. Rechts. §. 25. S. 109. ff. ſehr gründlich gezeigt. Auch die Praxis macht zwiſchen Kriegs- und Friedenszeiten keinen Unterſchied. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCLX. medit. 6. und Joh. Lud. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXVIII.

60) *L. 4. Cod. de execut. rei iudic.* S. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaeſtion. forens Tom. III. cap. 56.

61) Man ſehe z. B. das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 678. ff. und das Churſächſ. Mandat, die Abſtellung des Schuldenmachens bey der Armee betreffend vom 5. Apr. 1783. u. a. m.

62) S. Benj. Fried. Pfizers Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 65. und 75. Danz Handbuch des heuti-

gen

Frauensperſonen, ſofern ſie ſich durch Vertrag verbindlich machen können, auch gültige Darlehne aufnehmen [63]). Es kommt auch einer Frauensperſon der Regel nach der Einwand nicht zu ſtatten, daß ſie das Geld nicht für ſich, ſondern für einen Andern entlehnt habe, ſofern ſie dieſes nicht gleich Anfangs bey der Aufnahme des Darlehns dem Gläubiger ausdrücklich erklärt hat, und dieſer alſo gewußt hat, daß ſie eine fremde Schuldverbindlichkeit übernehme. Denn in dieſem Falle kommt das Senatusconſultum Vellejanum zur Anwendung [64]). Folgende Geſetzſtellen ſetzen dieſes außer Zweifel.

L. 11. *D. ad SCtum Vellejan.* Si mulier tanquam in uſus ſuos pecuniam acceperit; alii creditura, non eſt locus Senatusconſulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari poteſt, quid acturae ſint.

L. 12. *D. eodem.* Immo tunc locus eſt Senatusconſulto, cum ſcit creditor eam intercedere.

L. 2. *C. eodem.* Fruſtra Senatusconſulti exceptione, quod de interceſſionibus feminarum factum eſt, uti tentaſti: quoniam principaliter ipſa debitrix fuiſti: eius enim Senatusconſulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipſa nihil debet, ſed pro alio debitore apud creditorem eius interceſſit.

L. 13. *Cod. eodem.* Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data eſt: ſive tota quantitas foenoris,

gen deutſchen Privatrechts 6. Band §. 606. S. 413. und Joh. Wilh. Reuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinſchaft (Düſſeldorf 1808.) §. 55.

63) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCII. medit. 15.

64) S. *Chriſtph. Lud.* CRELL Diſſ. de mutuo foeminae, aliis crediturae, dato. *Vitembergae* 1738.

noris, ſive pars eius in uſum mariti proceſſiſſe proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor cauſam contractus non ignoravit.

Hat eine Frau mit ihrem Ehemann zugleich eine Schuldverſchreibung ausgeſtellt, worinn beyde ſich als Schuldner bekennen, ſo behaupten zwar viele Rechtsgelehrten [65]), daß die Frau anders nicht als Schuldnerin verbunden ſey, als wenn der Gläubiger die Verwendung des dargeliehenen Geldes zum Nutzen der Ehefrau beweißt, weil man im Zweifel immer vermuthen müſſe, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beygetreten ſey. Allein andere [66]) haben dagegen aus beſſern Gründen gezeigt, daß vielmehr die Ehefrau im Zweifel zu ihrem Antheil hafte [67]). Ich werde dieſes in Tit. ad SCtum Vellejanum noch näher zeigen. Hat hingegen die Ehe-

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Struben rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 76. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche Sect. II. Nr. 33. Meiſters pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. I. Th. Nr. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 1. Qu. 6. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrſamkeit von Hagemann u. Günther. IV. Th. Nr. 10. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 88. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4141. u. a. m.

66) I. H. BOEHMER in Diſſ. de efficaci mulierum interceſſione Cap. III. §. 3. *Io. Ernſt. Bern.* EMMINGHAUS in Diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte praeſ. *Car. Frid.* WALCHIO def. Ienae 1778. und *Idem* ad *Coccejum* c. l. Qu. 6. not. i. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 2. Not. 3. a. E. S. 20. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts II. B. §. 946. a. E.

67) *L. 17. L. 27. D. ad SCtum Vellejan.*

Ehefrau die Schuldverſchreibung allein und in ihrem Namen ausgeſtellt, und der Ehemann hat ſie blos unterſchrieben, ſo iſt ſie als Hauptſchuldnerin anzuſehen, und im Zweifel anzunehmen, daß der Mann blos als geſetzlicher Curator ſeiner Ehefrau, wenn nämlich an dem Orte die Geſchlechts-Curatel eingeführt iſt, oder als Bürge unterſchrieben habe[68]).

§. 783.

Verbindlichkeit des Schuldners aus dem Darlehn, beſonders von Wiederbezahlung eines Gelddarlehns bey entſtandener Münzveränderung.

Der Schuldner iſt nun nach der Natur des Darlehns verbunden, eben ſoviel, als er erhalten hat, der Gattung, Qualität und Quantität nach wieder zu erſtatten. Der Gläubiger muß alſo

1) eben ſoviel wieder zurückerhalten, als er dargeliehen hat, nicht mehr, noch weniger. Es kann zwar durch Vertrag ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückgeben ſoll, als er empfangen hat, denn hier iſt dem Schuldner der Ueberreſt erlaſſen. Allein der Vertrag, daß er mehr reſtituiren ſoll, als er erhalten hat, iſt nach dem röm. Recht ganz ungültig. Es gehören hierher folgende Geſetzſtellen.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Si tibi dedero decem ſic, ut novem debeas: *Proculus* ait, et recte, non amplius te ipſo iure debere, quam novem. Sed ſi dedero, ut undecim debeas, putat *Proculus*, amplius, quam decem, condici non poſſe.

L. 17.

68) *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. IV. Obſ. 554. pag. 211.

L. 17. pr. D. de pactis. Si tibi decem dem, et paciſcar, ut viginti mihi debeantur: non naſcitur obligatio ultra decem. *Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit.*

Heutzutage wird jedoch ein ſolcher Vertrag für verbindlich gehalten, ſofern kein unerlaubter Zinswucher darin enthalten iſt [69]).

2) Es muß eine Sache von derſelben Gattung wiedergegeben werden, als der Schuldner erhalten hat, alſo nicht Wein ſtatt des Getraides, auch nicht Gerſte ſtatt des geliehenen Korns. Es folgt dies auch ſchon daraus, weil man dem Gläubiger nicht wider ſeinen Willen etwas Anders aufdringen kann, als er zu fordern hat. Wäre abgeredet worden, daß eine andere Art von Sachen zurückgegeben werden ſolle, ſo iſt dies Geſchäft für kein Darlehn zu halten. **Paulus** ſagt ausdrücklich *L. 2. pr. D. h. t.* Mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem, quam dedimus, ſed *idem genus*: nam ſi aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.* Wenn jedoch Geld der Gegenſtand des Darlehns iſt, ſo kommt es bey der Wiederbezahlung deſſelben nicht gerade auf eine gewiſſe Geldſorte an, ſondern es kann das Capital auch in andern gleich guten und gangbaren Münzen wieder zurückgezahlt werden, als in welchen der Schuldner ſolches erhalten hat. Denn beym Gelddarlehn ſieht man nur darauf, daß eine dem Werthe nach gleiche Summe wiederbezahlt werde. **Papinian** ſagt: *L. 94. §. 1. D. de Solut.* In pecunia non corpora cogitamus, ſed quantita-

69) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 768. Nr. 5.

titatem; und **Pomponius** erfordert *L.* 80. *D. eodem* bey Wiederbezahlung eines Gelddarlehs ausdrücklich nur dieß, ut retro *pecuniae tantundem* ſolvi debeat. Es hat daher auch keinen Zweifel, daß, ſtatt des dargeliehenen Goldes, das Capital in Silbergelde, jedoch mit Vergütung des Agio, zurückgezahlt werden kann[70]), ſofern nicht in den Contract ausdrücklich feſtgeſetzt worden iſt, daß das Capital in derſelbigen Münzſorte, in welcher der Schuldner ſolches erhalten hat, wieder bezahlt werden ſolle[71]). Sollten jedoch die nämlichen Münzſorten nicht mehr zu haben ſeyn, ſo muß ſich der Gläubiger auch in dieſem Falle die Bezahlung in andern Sorten mit verhältnißmäßiger Vergütung des Werths gefallen laſſen[72]). Mit Recht ſagt daher **Seneca**[73]): *Cum omnis ſolutio non idem reddat, ſed tantundem, pecuniam dicimur reddidiſſe, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Es wird jedoch billig vorausgeſetzt, daß der Gläubiger keinen erweislichen Schaden dabey leide, daß

70) *L. 65. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 159. D. de Verb. Signific.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 23. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 41. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. PÜTTMANN Miſcellaneor. ad ius pertinent. Specim. IV. Cap. 12. und Joh. Lud. Schmidts Abhandlung von den Münzſorten, in welchen eine Geldſchuld abzutragen iſt. Jena 1782. 4. §. 135.

71) CARPZOV iurisprud. for. P. II. Conſt. XXIX. Def. 4. und Schmidts angef. Abhandl. §. 133.

72) Arg. *L. 71. §. 3. D. de legat. I.* S. LEYSERI Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 21. und Schmidts angef. Abhandlung §. 139.

73) *De Benefic. Lib. VI. cap. 5.*

daß er nicht dieſelbe Münzſorte zurückerhält[74]). Dies würde z. B. der Fall ſeyn, wenn der Gläubiger das Geld an dem Orte, wo er wohnt, nicht leicht wieder anbringen kann, oder wenn ihm zuviel kleine Münze gegeben wird[75]).

In

74) *L. 99. D. de Solut.* PAULUS reſpondit: *creditorem* non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, *ſi ex ea re damnum aliquod paſſurus eſt.* So lieſet Haloander, Baudoza, und die Vulgata. Die Florentine hingegen hat, ſtatt Creditorem, *Debitorem*; und dieſe Leſeart ſuchen beſonders *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. I. cap. 9. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 99. cit. p. 483. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. II. pag. 150. ſq. und PÜTTMANN Miſcellaneor. ad ius pertinent. Spec. IV. cap. 12. zu vertheidigen. Allein die gemeine Leſeart verdient unſtreitig den Vorzug. Sie iſt nicht nur der Natur der Sache gemäßer, ſondern hat auch die Auctorität der Baſiliken Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. pag. 169. für ſich, wie *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad L. 59. D. de Verbor. obligat. et ad Pauli Reſponſa Lib. IV. ad L. 99. D. de Solut. *Franc.* HOTOMANUS Quaeſtion. illuſtr. Qu. 15. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Obſ. 101. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1525) *Io.* VOET in Commentar. h. t. §. 23. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXXVI. Th. 7. POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. LXII. Not. a. pag. 362. und *Car. Frid.* WALCH Introduct. in Controverſ. iuris civ. pag. 511. Not. *) gezeigt haben. Daß die Namen *debitor* und *creditor* mit einander verwechſelt worden ſind, iſt nicht ohne Beyſpiel. Man ſehe z. B. *L. 8. D. de tutel.* Man findet dies ſogar in deutſchen Urkunden, daß die Namen Schuldner und Gläubiger zuweilen verwechſelt worden ſind, wie Spies in den archiviſchen Nebenarbeiten 1. Th. S. 104. u. 2. Th. in der Vorrede aus Beyſpielen gezeigt hat.

75) S. Schmidt a. a. O. §. 134.

In dieſer Hinſicht verordnen die Geſetze, daß derjenige, welcher ein Capital zu bezahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze zur Zahlung bringen ſolle [76]).

3) Die Wiedererſtattung muß endlich auch mit Sachen von derſelben Güte geſchehen, von welcher die empfangenen waren. Daher darf z. B. ſtatt des erhaltenen alten Weins nicht junger Wein gegeben werden. Dies bringt die Natur des Contracts mit ſich, wenn gleich deshalb keine ausdrückliche Verabredung geſchehen iſt. Pomponius ſagt dieſes deutlich *L. 3. D. h. t.* wo es heißt: Cum quid mutuum dederimus, etſi non cavimus, *ut aeque bonum nobis redderetur*, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere ſit, reddere: veluti, vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt. *Id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis, et eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit.*

Ob auch bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns auf den innern Gehalt und Güte der Münzen, in welchen der Schuldner daſſelbe erhalten hat, oder nur auf den

 äußern

76) Reichsabſchied vom Jahre 1576. §. 76. Dieſe geſetzlich beſtimmte Summe beträgt 44 $\frac{4}{9}$ fl. nach dem 24 Guldenfuß. S. HUFELANDS Lehrbuch des Civilrechts §. 549. Not. a. S. 224. Es iſt jedoch die gedachte Verordnung in einem neuern Münzreceß der 3 correſpondirenden Kreyſe im Jahre 1705 zu Regensburg dahin abgeändert worden, daß wenn ſich die Forderungen über 100 fl. belaufen würden, der Gläubiger an Scheidemünze mehr nicht, als den zwanzigſten Theil, anzunehmen ſchuldig ſeyn ſolle. S. Schmidts Abhandl. von den Münzſorten. §. 136.

äußern Werth und Cours zu ſehen ſey, welcher zur Zeit der Wiederbezahlung Statt findet? iſt, beſonders im Falle einer unterdeſſen entſtandenen Münzveränderung, eine eben ſo wichtige, als ſtreitige Rechtsfrage. Viele berühmte Rechtsgelehrten [77]) ſind der Meinung, daß gerade darin ein Gelddarlehn ſich von einem Darlehn anderer fungiblen Sachen unterſcheide, daß bey jenem bloß der äußerliche Werth, der den Münzen vom Staate beygelegt iſt, ohne Rückſicht auf deren Güte, welche blos relativ ſey, und von den jedesmaligen Umſtänden abhange, den eigentlichen Gegenſtand des Darlehns ausmache. Der Schuldner thue daher ſeiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er die entlehnte Summe nach dem Werthe der zur Zeit der Wiederbezahlung curſirenden Münzen abträgt. Dahingegen komme es bey einem Darlehn anderer fungiblen Sachen auf deren phyſiſche Qualität und Quantität an. Nur hier müſſe eine Sache von derſelben Art und Güte reſtituirt werden, als der Schuldner erhalten hat, weil ſonſt der Gläubiger nicht ſoviel wiederbekommen würde, als er dargeliehen

77) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 11. et 12. *Balth.* BRANCHU Obſervation. iur. Rom. Decad. II. Cap. 14. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XLVI. Tit. 3. Qu. 5. *Io. Ge.* ESTOR in Comment. de permiſſo et vetito collybo, quem Agio vocant, praeſertim in antiquioribus debitis retribuendis, iure civ. haud conceſſo. *Marburgi 1754. et rec. 1755.* 4. Cap. 14. *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. ſiſtens cauſam debitoris circa pecuniae ſolutionem, mutato poſt contractum nummorum valore. *Halae 1762. Iuſt. Bened.* FERBER Diſſ. de numero, non pondere, ſpectando in materia ſignata praeſ. *Frid. Gottl.* ZOLLER. *Lipſiae 1766. Ge. Ioſ.* WEDEKIND Diſſ. de reſtitutione mutui caſu valoris monetae immutati. *Heidelbergae 1767.*

hen hat, und blos von dieſem Falle rede **Pomponius** *L. 3. D. h. t.* Daß es beym Gelde nicht auf die Subſtanz und Materie, ſondern blos auf die Form und den äußerlichen Werth ankomme, lehre **Paulus**, wenn er *L. 1. pr. D. de contrah. emt.* vom Gelde ſagt: electa materia eſt, cuius publica ac perpetua aeſtimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis ſubveniret: eaque materia, forma publica percuſſa, uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia praebet, quam ex quantitate. Allein erwägt man, daß der äußere Werth des Geldes eigentlich eine bloße Beſtimmung von deſſen innerer Güte ſeyn ſoll; bedenkt man ferner, daß nach dieſer inneren Güte des Geldes der Werth aller andern ſchätzbaren Sachen beſtimmt wird; lehrt endlich die Erfahrung aller Zeiten, daß der Gehalt der Münzen auf den Preis der Waaren den wichtigſten Einfluß hat, und daher die Waaren um deſto theuerer ſind, je ſchlechter der Gehalt der Münzen iſt; ſo kann wohl Niemand im Ernſt behaupten, daß der Gläubiger tantundem pecuniae wieder erhalte, als er dargeliehen hat, wie er doch nach ausdrücklicher Vorſchrift der Geſetze [78]) zurückerhalten ſoll, wenn ihm das Capital, was er in gutem Gelde dargeliehen hat, in den zur Zeit der Wiederbezahlung curſirenden ſchlechten Münzen zurückbezahlt wird, in welchen der Gläubiger z. B. nun für eine Sache 3 fl. bezahlen muß, die der Schuldner mit dem ihm geliehenen guten Gelde für 1 fl. kaufen konnte. Nein, nur dann wird dem Gläubiger tantundem pecuniae nach Vorſchrift der Geſetze reſtituirt, wenn er

78) *L. 80. pr. D. de Solut.* Cum mutuum dedimus, *retro pecuniae tantundem ſolvi debet.*

für das Geld, welches ihm wiederbezahlt worden iſt, eben ſo viel und eben ſo gute Waaren kaufen kann, als der Schuldner für das ihm dargeliehene Geld kaufen konnte[79]). Daß aber auch die Geſetze ſelbſt nicht blos auf den äußern Werth des Geldes, ſondern auch auf Subſtanz und Gewicht geſehen wiſſen wollen, lehrt

1) *L. 1. Cod. de veteris numismat. poteſt.* worin die Kr. Valentinian und Valens verordnen: Solidos veterum Principum veneratione formatos ita tradi ac ſuscipi ab ementibus et diſtrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, *modo ut debiti ponderis ſint, et ſpeciei probae.*

2) *Novella Leonis* 52. Sancimus, ut numiſmatis omne genus, *quod quidem formam, materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat*, ſive vetuſtioris cuiuspiam Principis, ſive recentioris ſit, aequaliter et aeſtimetur, et in republica tractetur.

3) Inſonderheit aber haben auch die deutſchen Reichsgeſetze eingeſchärft, daß das Geld nach ſeinem innern Werthe ſolle ausgemünzt werden, wovon der Reichsabſchied zu Augs-

79) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Dan.* TITII Diſſ. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione, praeſertim in mutuo. *Wittebergae 1763.* Dieſer ſagt pag. 8. *Si dicendum, quod res eſt*, t a n t u n d e m p e c u n i a e *reſtituitur, quando pro pecunia reſtituta coemere easdem merces et aeque bonas, quas pro mutuata, poſſum: ſive quando pecunia reddita, ad omnis generis mercimonia eandem habet pretii proportionem, quam mutuo accepta habebat: mercium pretiis propter maiorem aut uſum aut raritatem ab tempore inde contractus vix, ac ne vix quidem mutatis.*

Augsburg vom Jahr 1551. §. 36. des Krs Ferdinand I. neue Münzordnung vom Jahr 1559 und der Reichsabſchied vom J. 1570 §. 132. die unwiderleglichſten Beweiſe enthalten. Hiermit ſteht nun auch

4) die oben angeführte *L. 1. pr. D. de contrab. emt.* in keinem Widerſpruche, ſondern es wird darin nur ſoviel geſagt, daß das Geld nicht ſowohl durch ſeine Subſtanz und Materie, ſofern dieſe in Metall beſteht, als vielmehr durch ſeine Form, welche ihm durch das Gepräge gegeben wird, einen beſtimmten öffentlichen Werth erhalte, und in dieſer Eigenſchaft zum allgemeinen und beſtändigen Maasſtab des Sachenwerths angenommen ſey. Hieraus folgt nun aber von ſelbſt, daß das Geld im Handel und Verkehr nur in ſoweit als Schätzungsmittel angenommen werden kann, als der äußere Werth der Münze, welcher durch das öffentliche Gepräge verſichert iſt, der innern Güte derſelben wirklich entſpricht. **Joh. Lud. Schmidt**[80]), **Joh. Theoph. Seger**[81]), und **Florian Aug. Reichel**[82]) haben dies alles gründlich ausgeführt.

Andere Rechtsgelehrten[83]) machen daher bey der Frage, in welcher Münzſorte eine Geldſchuld zurückbezahlt

 wer-

80) Abhandl. von den Münzſorten, in welchen eine Geldſchuld abzutragen iſt. §. 55. u. 56.

81) Diſſ. de mutato valore monetae in ſolutionibus aeſtimando. *Lipſiae 1763.* Cap. 1. (in *Opuſcul.* Vol I. Nr. IV. pag. 142. ſq.)

82) Diſſ. de numero et pondere in nummis aeſtimando. *Lipſiae* 1777.

83) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad princ. Inſtitut. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. 11. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſ. Dec. XXXVI. Theſ. 8. et 9. STRUV Exerc. XVI. Th. 30 et 31. u. a. m.

werden müſſe? einen Unterſchied, ob der innere Werth und Gehalt der Münzen oder der äußere Werth derſelben verändert worden ſey. In dem erſten Falle, ſagen ſie, ſey auf die Zeit des Contracts zu ſehen, und weder der Gläubiger ſey ſchlechtere Münzen anzunehmen, noch der Schuldner in beſſeren Münzen zu bezahlen ſchuldig, als in welchen das Darlehn gegeben worden iſt. In dem letztern Falle hingegen geſchehe die Wiederbezahlung des Capitals in dem Werthe, den die Münzen jetzt zur Zeit der Heimzahlung haben. Allein ſchon Voet [84]) hat gegen dieſen Unterſchied die ſehr gründliche Erinnerung gemacht, daß in beyden Fällen der nämliche Grund vorhanden ſey, die Münzveränderung betreffe den innern oder äußern Werth des Geldes, denn in dem einen, wie in dem andern Falle werden ſich in gleichem Verhältniß auch die Preiſe der Dinge ändern, und dieſe entweder ſteigen oder fallen. Noch andere [85]) behaupten, daß es bey Entſcheidung der aufgeworfenen Frage darauf ankomme, ob die Münzveränderung allgemein ſey, ſo daß ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden, oder ob nur die eine oder die andere Münzſorte ihren Werth verändert habe. Im erſten Falle ſey auf die Zeit des geſchloſſenen Contracts Rückſicht zu nehmen, und der Schuldner bezahle daher das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat. In dem letztern Falle hingegen ſey blos auf die Zeit der

84) Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

85) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 15. ſqq. Schmidt in der Abh. von den Münzſorten ꝛc. §. 55. i. §. 158. und ff. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 768.

der Zahlung zu ſehen, es möge die Veränderung den äußern oder innern Werth betroffen haben, weil Particularmünzveränderungen keine Aenderung in den Preiſen der Dinge verurſachten, ſondern nur das Verhältniß einzelner Münzſorten zu den übrigen beträfen.

Die meiſten Rechtsgelehrten [86]) nehmen endlich ohne Unterſchied zum Grundſatz an, daß bey einer entſtandenen Münzveränderung allemal auf die Zeit des geſchloſſenen Contracts geſehen werden müſſe, der Schuldner bezahle alſo das Capital in demjenigen, ſowohl inneren als äußeren Werth wieder, in welchem er ſolches empfangen hat.

So

86) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33. *Io. Ortwin.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Pand. h. t. §. 43. *Chriſt. Frid. Imm.* SCHORCH Proluſ. de eo, quod iuſtum eſt in reddendo mutuo in caſu, ſi monetae mutatio medio tempore facta eſt. *Erfordiae* 1761. 4. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 22. 3. Th. Bed. 2. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Diſſ. de ſolutione debiti pecuniarii mutata monetae bonitate intrinſeca ex tempore natae obligationis aeſtimanda. *Francof. ad Viadr.* 1762. *Io. Phil.* SLEVOGT Commentat. de rei numariae mutatione et augmento. *Ienae* 1742. *Henr. Melch.* SCHÜTTE Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa reſtitutionem mutui, mutata monetae bonitate. *Erfordiae* 1738. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 1. Hptſt. §. 14. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 30. Georg Jacob Fried. Meiſter in den pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 1. Band Bemerk. XIX. Juſt. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 176. *Io. Th.* SEGER Diſſ. de mutato valore monetae in ſolutionibus aeſtimando. *Lipſiae* 1763. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1871. u. a. m.

So verſchieden ſind alſo die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, wie ein Geldanlehn im Fall einer erfolgten Münzveränderung wieder zu bezahlen ſey? Vor allen Dingen hat man aber bey Entſcheidung dieſer Frage darauf zu ſehen,

I. ob durch Verträge etwas Beſtimmtes über dieſen Punct unter den Partheyen feſtgeſetzt worden iſt. Eine ſolche Uebereinkunft iſt dann als ein Geſetz unter den Contrahenten anzuſehen, wornach ſich beyde Theile müſſen beurtheilen laſſen. *Nam pacta dant legem contractui* [87]). Es darf nur kein unerlaubter Wucher darunter verborgen ſeyn. Dies würde z. B. der Fall ſeyn, wenn das Capital in geringen Silbermünzen dargeliehen worden iſt, und der Gläubiger ſich hätte verſprechen laſſen, daß es ihm in Golde wiederbezahlt werden ſolle [88]). Keineswegs aber iſt der Vertrag für unerlaubt zu halten, wodurch, ohne die gegebene Münzſorte zu beſtimmen, ausbedungen worden iſt, daß die Rückzahlung des Anlehns in einer zur Zeit derſelben gangbaren Münze geſchehen ſolle. Hier muß der Schuldner das Capital in dem zur Zeit der Heimzahlung curſirenden Gelde abtragen, und der Gläubiger ſolches in dem Werthe, den es jetzt hat, annehmen, ohne darauf Rückſicht zu nehmen, ob es von beſſern oder ſchlechtern innern Gehalt iſt, als dasjenige, worin das Capital iſt dar-
gelie-

87) *L. 23. D. de Reg. iur.*

88) S. Kaiſers Rudolphs II. Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 17. §. 4. S. Schmidts Abhandl. von den Münzſorten ꝛc. §. 166. Not. f. S. 240.

geliehen worden[89]). Mehrere Rechtsgelehrten[90]) ſind zwar der Meinung, daß auch bey dieſem Vertrage auf die zur Zeit des contrahirten Anlehns beſchaffen geweſene Münzgattung Rückſicht zu nehmen, und folglich an der jetzt gangbaren Münze ſoviel wieder zu bezahlen ſey, als dem innerlichen Werthe nach dazu gehört, daß der Gläubiger eben ſoviel wieder bekomme, als er gegeben hat. Allein richtiger iſt wohl die Meinung derjenigen[91]), welche behaupten, daß in dem bemerkten Falle ein Vertrag auf Gewinn und Verluſt eingegangen werde, in welchem von beyden Seiten die Erklärung liegt, daß man auf den innern Gehalt der zum Anlehn gegebenen Münze keine Rückſicht nehmen, ſondern es dem Zufall überlaſſen wolle, wer dabey gewinnen oder verlieren werde. Auf keine Weiſe darf jedoch auch in dieſem Falle die Rückzahlung in ſolchen ſchlechten Münzſorten geſchehen, welche in ſchlimmen Zeitläuften mehr geduldet, als öffentlich gebilliget werden, und meiſtens um die Hälfte weniger innerlichen Werth haben, als ſie haben ſollen[92]). Sollte die wahre Abſicht der Contra-

89) S. Schmidts angeführte Abhandlung §. 165. Man vergleiche jedoch vorzüglich Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 63.

90) Man ſehe hier beſonders *Chriſt. Nic.* SCHLICHTKRULL Diſſ. de obligatione debitoris ſolutionem promittentis in moneta tempore ſolutionis recepta, praeprimis ſuborta mutatione monetae. *Gryphiswaldiae 1766.* §. 11. ſqq. und *Io. Dan.* TITIUS in Diſſ. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione praeſertim in mutuo. *Vitemb. 1763.* pag. 15. ſqq.

91) RICHTER Deciſ. LXXII. nr. 27. LYNCKER Deciſion. Ien. 115. et 133. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 30. S. 48.

92) S. Gmelin a. a. O. §. 30. S. 49.

trahenten zweifelhaft ſeyn, ſo würde diejenige Auslegung billig den Vorzug verdienen, welche der Natur des Anlehns am gemäßeſten iſt, folglich der Vertrag im Zweifel ſo auszulegen ſeyn, daß der Gläubiger eben ſoviel von gleicher Güte wieder erhalte, als er dem Schuldner dargeliehen hat[93]). Zuweilen wird auch die Anzahl und Gattung der Münzen, in welchen das angelehnte Geld gegeben worden, in der Schuldverſchreibung benannt, und ausgemacht, daß die Schuld in einer gleichen Zahl von Geldſtücken, die von derſelben Gattung und Güte ſind, wiederbezahlt werden ſolle. Hier bleibt es dann bey dem Vertrage, und es kommt nicht darauf an, ob dieſe Geldſorte in ihrem äußerlichen Werth geſtiegen oder gefallen iſt. Z. E. das Darlehn beſteht in 100 vollwichtigen Stücken Friedrichsd'or, und der Schuldner verſpricht eben ſoviel Stück von gleichem Gehalt zurückzuzahlen[94]). Auf jeden Fall iſt es jedoch als eine nöthige Vorſicht zu empfehlen, die Münzſorte und deren Werth, in welchem das Capital ausgeliehen worden, und die künftige Wiederbezahlung geſchehen ſoll, in der Schuldverſchreibung deutlich zu beſtimmen, wodurch auf den Fall einer etwa erfolgenden Münzveränderung viel Streit verhütet werden kann. Z. B. 1200 fl. in 500 Conventions-Thalern ſollen in gleicher Münzgattung wiederbezahlt werden.

II. In Ermangelung ſolcher Verträge iſt auf die beſondern geſetzlichen Beſtimmungen, welche hierüber vorhan-

93) BOEHMER cit. Diſſ. de ſolutione debiti pecuniarii, §. 17. und Schmidt in der angef. Abhandl. von den Münzſorten ꝛc. §. 167.

94) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. N. II. lit. A. und Höpfners Commentar. §. 768. Nr. 7. lit. a.

handen ſind, Rückſicht zu nehmen. Dahin gehören die verſchiedenen Münzedicte eines jeden Landes[95]), oder was ſonſt darüber in den beſondern Landrechten verordnet worden iſt[96]).

III. Iſt die Frage weder aus Verträgen, noch aus den darüber vorhandenen beſondern geſetzlichen Beſtimmungen zu entſcheiden, ſo muß ſie nach allgemeinen Grundſätzen, welche theils die Natur des Darlehns, theils der Begriff und die eigentliche Beſchaffenheit des Geldes oder geprägten Metalls an die Hand giebt, entſchieden werden. Erwägt man nun

IV. die Natur des Darlehns, und die darüber in den Geſetzen enthaltenen Beſtimmungen, ſo ergiebt ſich daraus, daß der Schuldner dasjenige, was er empfangen hat, durch eben ſoviel von eben der Art und Güte, als er erhalten, dem Gläubiger wieder erſtatten muß. Außer den bereits oben angeführten klaren Geſetzſtellen, *L.* 3. *D. h. t.* und *L.* 80. *D. de Solut.* beweißt dies auch inſonderheit die Stelle im *Princip. Inſtit. Quib. mod. re contrab. obligat.* wo Juſtinian ſagt: Quoniam nobis non eaedem res, ſed *aliae eiusdem naturae et qualitatis redduntur*, inde etiam *mutuum* appellatum eſt. Hieraus folgt nun wohl von ſelbſt, daß, ſo wenig es dem Schuldner erlaubt iſt, ſtatt des zum Darlehn erhal-

95) Man ſ. z. B. das Edict des Churf. *Iohann Georg I.* von Sachſen in Cod. Aug. T. II. p. 886. ferner das Churbraunſchw. Münzedict vom 21. April 1764. in Strubens rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 2.

96) Z. B. in dem Preußiſchen Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 778. ff. und im *Code Napoleon* Art. 1895.

haltenen guten und alten Weins, jungen und ſchlechtern zurückzugeben, er auch eben ſo wenig bey einem Gelddarlehn, ſtatt des erhaltenen guten Geldes, in ſchlechten Münzſorten bezahlen dürfe. Er iſt vielmehr nach der Natur des Contracts verbunden, nicht nur eine gleiche Summe, ſondern auch eben dieſelbe, wenn gleich nicht in den nämlichen Individuen, doch wenigſtens in ſolchen Münzſorten wieder zu bezahlen, die den zum Darlehn empfangenen, dem Werth und der innern Güte nach, gleich ſind. Denn wenn gleich Paulus in der hier durchaus entſcheidenden Stelle der *L. 3. D. h. t.* vom Gelddarlehn nicht ausdrücklich redet, ſo leidet doch die Anwendung derſelben auf das Gelddarlehn nicht den mindeſten Zweifel, da dieſer römiſche Juriſt hier einen Grundſatz aufſtellt, welchen die Natur des Contracts und die Abſicht der Contrahenten nothwendig mit ſich bringt. Er ſagt nämlich: in mutuo contrahendo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit.* Es iſt alſo wohl unläugbar, daß, nach der Natur des Darlehns und der Abſicht der Contrahenten, die Zeit, wo der Contract geſchloſſen worden, als die einzige richtige Norm der zu leiſtenden Wiederbezahlung des angeliehenen Geldes in jedem Falle angenommen werden müſſe. Es kann dies auch um ſo weniger bezweifelt werden, da die Geſetze auch in andern Fällen auf den Anfang eines Rechtsgeſchäfts, als den richtigſten Geſichtspunct, Rückſicht zu nehmen gebieten, um die daraus entſtehenden Rechte und Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen [97]). Dies alles beſtärkt noch in-

97) *L. 34. L. 144. D. de Reg. iur.* beſonders *L. 8. pr. D. Mandati*, wo es heißt: *Uniuscuiusque contractus initium ſpectandum et cauſam.*

inſonderheit eine wichtige Stelle des canoniſchen Rechts, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Es iſt das *cap.* 26. *X. de Cenſibus*, wo Pabſt Gregor IX. auf folgende Art reſcribirt: Cum canonicis maioris eccleſiae quandam ſummam pecuniae, pro penſione eccleſiae tuae debitam, aliquot annis perſolveris, et iidem ſummam illam ex integro de meliori moneta exigant ſibi ſolvi, tibi damus noſtris litteris in mandatis, ut canonicos illos *ſolutione prioris pecuniae*, vel, ſi non ſit in uſu, *aeſtimatione penſionis antiquae* facias manere contentos. Verbindet man nun noch damit

V. den Begriff des Geldes, ſo wird man ſich noch mehr überzeugen, daß vorzüglich der innere Werth, welchen die contractmäßig gezahlte Münzſorte zur Zeit des gegebenen Darlehns hatte, zum Maasſtabe der Zahlung in der heutigen Münzſorte genommen werden muß. Unter Geld verſteht man hier Metallmünze, deren Werth nach einer gewiſſen Quantität und Güte durch öffentliches Gepräge zu dem Ende verſichert iſt, daß es im Handel und Verkehr als allgemeines Schätzungsmittel angenommen werden ſolle [98]). Man hat nun beym Geld Viererley zu unterſcheiden.

1) Das Metall ſelbſt, woraus die Münze geprägt worden iſt. Dieſes wird das Zeug, wie man in Münzſtätten ſpricht, oder der Gehalt, oder das Korn der Münze genennt. Bey Silber- und Goldmünzen pflegt dieſes nicht unvermiſcht zu ſeyn, ſondern das Gold bekommt einen Zuſatz von etwas Silber und Kupfer, zur Silbermünze

98) S. Schmidts angef. Abhandlung §. 39.

münze aber wird ein Theil Kupfer geſchmolzen, und dies geſchieht bey den kleinern Münzſorten mehr als bey den gröbern. Man nennt dieſe Vermiſchung des edlern Metalls mit einem Zuſatz von geringern das Legiren, und das Verhältniß des edlern Metalls zum beygemiſchten ſchlechtern, oder zum Zuſatz, den Gehalt der Münze oder Korn im eigentlichen Sinn.

2) Die Schwere der Münze, welche das Schroot oder Gewicht der Münze genennt wird. Die Handlung, wodurch das Schroot und Korn bey einer Münze in ein gewiſſes Verhältniß gebracht wird, heißt die Beſchickung der Münze. Aus dieſen beyden Stücken, dem Schroot und Korn, beſteht der innere Werth oder Güte der Münze, welche dieſelbe als geprägtes Metall hat. (*bonitas nummorum intrinſeca*). Hiervon iſt

3) der äußere Werth der Münze zu unterſcheiden, *valor externus*, ſ. *bonitas extrinſeca*). Dieß iſt der einer Münze beygelegte Preiß, wie viel ſie gilt. Man nennt dieſen Werth auch die Wardirung, Würdigung oder Würderung der Münze. Dieſer äußere Werth hängt ab von der Menge der Sachen, welche man für eine Münze kaufen kann, oder von der Summe, welche man bey der Auswechſelung einer Münze in andern Münzſorten dafür bekommt. Einen ſolchen äußern Werth erhält nun eine Münze entweder

a) von dem Landes- und Münzherrn durch geſetzlich geltende Beſtimmungen. Dies wird der äußere legale Werth, oder der landesherrliche Münzpreiß, (*valor vere publicus*) genennt. Oder

b) durch

b) durch den Lauf der Handlung und Verkehr in Beziehung auf andere Münzſorten. Dies heißt der Cours-Preis, (*valor quaſi publicus*).

4) Der Münzfuß. Darunter verſteht man die beſtimmte Norm, welche beym Ausprägen des Geldes in Hinſicht des Schrootes und Korns beobachtet wird. (*Modus monetae*, *pes monetalis*). Bey dem Münzfuße iſt nun vorzüglich die äußere Güte nach der innern einzurichten. Der Stempel aller für den Umlauf geſchlagenen Münzen hat auch eigentlich nichts anders zur Abſicht, als eine öffentliche Beglaubigung, daß in der Münze dasjenige Quantum von Gold oder Silber enthalten ſey, welches ihrem äußern Werth entſpricht. Was für einen wichtigen Einfluß der Gehalt der Münze auf das Commercium habe, lehrt die tägliche Erfahrung. Denn ſo wie die innere Güte der Münzen von ihrem äußern Werthe differirt, eben ſo differirt auch der Preiß der Waaren. Dieſer ſteigt in eben dem Verhältniß, als die innere Güte der Münze von dem ihr beygelegten äußern Werthe unterſchieden iſt. Alles ganz natürlich. Denn die Münze ſoll ja das allgemeine Schätzungsmittel, oder der allgemeine Maasſtab ſeyn, wornach man den Werth der Dinge abmißt. Der Kaufmann nimmt daher nicht, wie Pütter[100]) ganz richtig bemerkt, die im äußerlichen Gepräge angegebene Anzahl Gulden oder Thaler bey Beſtimmung des Werths ſeiner Waare zum Maasſtabe, ſondern ſieht nur darauf, wieviel an feinem Silber darin enthalten ſey, als welches allein den

100) Auserleſene Rechtsfälle 4. Bandes 2. Th. Reſp. CCCLXXXIII. nr. 9.

den wahren innern Werth der Münze ausmacht. Man kann alſo mit einer Münze von ſchlechterem Gehalt nicht dasjenige erhandeln, was man mit einer Münze von beſſerer innerer Güte kaufen kann. Hieraus entſteht die Eintheilung der Münzen in gute und ſchlechte. Kommt nämlich der einer Münze beygelegte äußere Werth dem innern, welchen ſie von der Materie und Gewicht hat, gleich, ſo ſagt man, es iſt gute Münze, gutes Geld, (*moneta proba*); in dem entgegengeſetzten Falle aber, es iſt ſchlechte Münze, ſchlecht Geld: (*moneta reproba*). Je weniger alſo die innere Güte des Geldes ſeinem äußerlichen Werthe gleichkommt, deſto ſchlechter iſt auch das Geld.

VI. Iſt nun eine Münzveränderung erfolgt, ſo laſſen ſich folgende Fälle unterſcheiden.

1) Es iſt eine gewiſſe Münzſorte ganz abgeſetzt und verrufen. Hier darf der Schuldner in einer ſolchen Münzſorte keine Zahlung leiſten, geſetzt auch, daß das Darlehn vor der Abſetzung darin gegeben worden wäre [1]). Der Grund iſt, weil abgeſetzte Münze nicht mehr als Geld zu betrachten iſt. Nun iſt Geld zum Darlehn gegeben worden, alſo muß auch geltende Münze wieder zurückbezahlt werden. Der Schuldner muß daher in einer ſolchen Münzſorte bezahlen, die zur Zahlungszeit gangbar iſt, wobey denn aber freylich auf den Gehalt Rückſicht genommen werden muß, welchen die zur Zeit der entſtandenen Schuld aus=

1) *L. 24. §. 1. D. de pignerat. act.* Reproba pecunia non liberat ſolventem, reprobis videlicet nummis reddendis. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. DXXIX. medit. 18. Schmidts angef. Abhandl. §. 58. g. S. 87. ff. vorzüglich §. 156. und Weſtphals Rechtsgutachten Lib. 46. Tit. §. 4. S. 212.

ausgezahlten oder gangbar geweſenen, nunmehr aber verrufenen Münzſorten gegen den Gehalt derjenigen Münzſorten verhältnißmäßig haben, die zur Zeit der Zahlung gelten, und in welchen die Zahlung bewirkt werden ſoll [2]).

2) Die Münzſorten ſind nur in ihrem Werthe verändert worden. Dann iſt entweder

a) der innere Werth geändert, das heißt, die Münzen ſind entweder in ihrer Materie, oder in ihrer Schwere, oder in beyden zugleich verändert worden, ſo daß entweder weniger oder ſchlechteres mit mehr Zuſatz vermiſchtes Metall zur Münze genommen wird, oder umgekehrt. Hier laſſen ſich alſo zwey Fälle gedenken.

aa) Die Münzen ſind in Anſehung ihres Gehalts ſeit dem geſchloſſenen Contract verbeſſert worden. Hier zahlt der Schuldner, wenn er in den neuern beſſern Münzen das Capital abträgt, ſoviel weniger, als dieſelben, gegen die empfangenen ſchlechtern Münzen, beſſer ſind. Der Gläubiger erhält zwar hier an Stückzahl weniger zurück, als der Schuldner empfieng, allein da der Gläubiger damit eben das ausrichten kann, was der Schuldner mit den empfangenen ſchlechtern Münzen ausrichten können; ſo bekommt er in der That eben ſoviel wieder zurück, als er zum Darlehn gegeben hat. Käme das Agio nicht in Berechnung, ſo würde der Schuldner zuviel bezahlen, und der Gläubiger ſich mit deſſelben Schaden unbilliger Weiſe bereichern. Wenn alſo auch z. B. die dem Schuldner in ſchlech-

2) S. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Deciſ. LXII. nr. 6. S. 541. und Schmidts angef. Abhandl. §. 159.

tem Gelde dargeliehenen 100 Thaler in den neuen beſſern Münzen um ein Drittel oder wohl gar um die Hälfte an Stückzahl weniger betragen ſollte, ſo muß ſich doch der Gläubiger damit begnügen[3]).

bb) Die Münzen ſind zur Zeit der Wiederbezahlung der Schuld von ſchlechterem Gehalt. Hier muß der Schuldner, wenn er in dem neuen ſchlechtern Gelde die Schuld bezahlen will, dem Gläubiger den Abgang am innern Werth vergüten, und daher ſoviel mehr geben, als die neue Münze ſchlechter iſt, denn diejenige, in welcher er das Darlehn empfing, oder er muß in andern Münzſorten, welche in ihrer innern Güte den dargeliehenen gleichkommen, das Capital abtragen, weil ſonſt der Gläubiger weniger wiederbekommen würde, als er dem Schuldner geliehen hat[4]).

b) Es hat ſich blos der äußere Werth der dargeliehenen Münzſorten, ohne Veränderung der innerlichen Güte derſelben, geändert. Hier laſſen ſich wieder zwey Fälle gedenken.

aa) Der äuſſere Werth der dargeliehenen Münzſorten iſt geſtiegen. Dies iſt gewöhnlich der Fall, wenn die klei-

3) CARPZOV P. II. Conſt. 28. Def. 4. Schmidts angeführte Abh. §. 184. SCHORCH cit. Commentat. §. 14.

4) Schmidts angef. Abh. §. 185. ff. Man ſehe auch WALCHII Introduct. in controv. iur. civ. pag. 512. §. 12. Daß nach dieſer Meinung auch in der Praxis geſprochen werde, erhellet aus WERNHERI Obſervation. for. Tom. I. P. I. Obſ. 169. und Tom. III. P. I. Obſ. 92. Pütters auserleſenen Rechtsfällen 2. Bandes 4. Th. Dec. CXXXII. KIND Quaeſt. for. Tom. I. cap. 41. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. I. Deciſ. 35. u. a.

kleineren Münzen geringer ausgeprägt werden, wodurch ſodann der äuſſere Werth der gröbern in eben dem Verhältniß ſteigt, als die innere Güte der kleinern verringert worden iſt, und dies ganz natürlich aus dem Grunde, damit zwiſchen beyden das Verhältniß nicht aufgehoben werde. Hier glauben nun zwar viele Rechtsgelehrten [5]), der Schuldner könne dem Gläubiger die Münzſorten nach ihrem erhöheten äuſſerlichen Werthe anrechnen. Allein gegründeter iſt die Meinung derjenigen [6]), welche behaupten, daß die Münzſorten in eben dem äuſſerlichen Werthe, worin ſie der Schuldner empfangen hat, zurückgegeben werden müſſen, und das Steigen deſſelben den Schuldner zu keinem Abzuge berechtigen könne, weil ſonſt offenbar der Gläubiger nicht eben ſo viel wieder erhalten würde, als der Schuldner zum Darlehn empfangen hat. Denn man ſetze, der Louisd'or habe zur Zeit des Darlehns 5 Thaler gegolten, der Schuldner hätte alſo ein Capital von 100 Thln. mit

 20 Stück

5) STRUV in Synt. iur. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 31. ſagt: *Si auctus ſit valor, et idem forte nummorum genus ſolvatur, debitor deducere poteſt incrementum, quod veteri acceſſit aeſtimationi.* v. c. *Si 200 aureos Ungaricos ſ. ducatos mutuo quis dederit eo tempore, quo unus eorum forte valuiſſet 36 groſſos; hodie ſolvens ducatos non 200 ſed 150 teneretur reddere.* Eben ſo MEVIUS Tom. II. P. VI. Deciſ. 389. LYNCKER Deciſ. 1286. und Joh. Chriſt. Ludw. Freſenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte 1. Band Medit. 2. S. 42. ff.

6) S. Schmidts angef. Abhandl. §. 188. SCHORCH in Proluſ. de eo, quod iuſtum eſt in redd. mutuo, in caſu mut. monetae. §. 16. SCHLICHTKRULL Diſſ. de obligatione debitoris ſolutionem promittentis in moneta tempore ſolutionis recepta. §. 8. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 30. S. 52. u. a. m.

20 Stück Louisd'or erhalten. Nachher wäre nun wegen des ſchlechten Gehalts der Current-Münzen der Werth der Louisd'or bis auf 10 Thlr. geſtiegen. Könnte der Schuldner dem Gläubiger jetzt das Stück Louisd'or in dem geſtiegenen Werth anrechnen, ſo würde ja der Gläubiger ſtatt der dargeliehenen 20 St. Louisd'or nur 10 zurück bekommen, alſo um die Hälfte weniger, als er gegeben hat. Der Schuldner darf alſo dem Gläubiger den Louisd'or nicht höher anrechnen, als er ihm angerechnet worden iſt. Man kann auch nicht ſagen, daß ſich der Gläubiger zum Schaden des Schuldners bereichere, und eine größere Summe wieder zurückerhalte, als er dargeliehen hat. Denn die Erfahrung lehrt, daß das Steigen des Geldes in ſeinem äuſſerlichen Werthe eine Vertheurung der Waaren nach ſich zieht [7]).

bb) Der äuſſere Werth der dargeliehenen Münzſorten iſt zur Zeit der Heimzahlung gefallen. Man nennt dieſes Herabſetzen einer Münze in einen geringern Werth, die Devalvation. Auch hier behaupten viel Rechtsgelehrten [8]), der Schuldner müſſe dasjenige, was die Münzen an

7) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Diſp. XXIX. Th. 3. Lit. C. pag. 999. ſagt: *Creſcente valore maioris monetae, et deteriorata bonitate intrinſeca minoris, quae in commerciis quotidianis intervenire ſolet, creſcunt ſingularum rerum pretia, quae ad rationem minoris monetae conſtitui ſolent.*

8) S. Gudens Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunſchweig 1764. J. G. Dietze Verſuch einer münzwiſſenſchaftlichen Beantwortung der Fragen: Wie iſt eine Geldſchuld abzutragen? und wie hat man bey Valvirung aller ehedeſſen ſowohl in Gold- als Silbergeld an-

an ihrem äußeren Werthe verlohren haben, dem Gläubiger gut thun, weil ſonſt der Gläubiger nicht eben ſoviel wieder erhielte, als er dem Schuldner geliehen hat. Man fügt noch hinzu, daß es bey Schätzung des Capitals nicht auf die Species allein, ſondern zugleich auf den Nutzen, den der Schuldner ſich damit geſchafft, und auf den Werth ankomme, in welchem er das Geld ausgegeben hat. Habe alſo der Schuldner die Münzen noch in ihrem vollen Werth benutzt und ausgegeben, ſo müſſe er auch dem Gläubiger den vollen Werth vergüten. Ueberdem müſſe durch die Zahlung die Sache in eben den Zuſtand geſetzt werden, als wenn gar kein Darlehn wäre gegeben worden. Hätte nun der Gläubiger das Geld in ſeinem Kaſten behalten, ſo müſſe man annehmen, er werde, was ein jeder guter Wirth gethan haben würde, die gefallenen Münzſorten noch in Zeiten weggegeben, oder ſie doch mit wenigerem Schaden angebracht haben, als er nunmehr leiden würde, wenn er dieſe Münzſorten in eben dem Werthe wieder annehmen müßte, welchen ſie zur Zeit des Contracts hatten. Geſetzt auch der Schuldner litte dabey Schaden, ſo geſchehe dieſes mit Recht. Denn er war ja Eigenthümer von dem erborgten Gelde geworden, und müſſe daher auch, als Eigenthümer, billig den Schaden allein tragen. Andere [9]) hingegen ſind der Meinung, daß der Schuldner die Münzſorten dem Gläubiger in dem Werth wieder anrechnen könne, in wel-

 chem

angelegten Capitalien zu verfahren, damit weder der Gläubiger, noch der Schuldner beſchwert werde? Frankfurt am Main 1791. 8. *Abr. Gottl.* KAESTNER Progr. de reſtitutione mutui, mutato pecuniae valore. *Lipſiae 1750.* u. a. m.

9) SCHORCH Proluſ. cit. §. 17. SCHLICHTKRULL Diſſ. cit. §. 8. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. in fin.

chem er ſie zum Darlehn erhalten hat, weil ſonſt der Schuldner mehr wiedergeben würde, als er empfangen hat, wenn er die Schuld in dem heruntergeſetzten Werthe der Münzen bezahlen müßte. Leide auch der Gläubiger dabey einigen Schaden, ſo müſſe er denſelben mit dem Gewinn compenſiren, den er bey dem erhöheten Werth der Münzen gehabt hätte. Allein es iſt vielmehr mit **Schmidt** 10) zu unterſcheiden, ob mit dem Abfall des äußerlichen Werths der dargeliehenen Münzſorten auch der Preiß der Waaren verhältnißmäßig gefallen iſt, oder nicht. In dem erſten Falle, wenn z. B. mit dem halben Abfall des äußerlichen Werths der Münzen auch die Waaren um die Hälfte wohlfeiler geworden ſind, wird der Schuldner von ſeiner Schuld befreyet, wenn er die Münzſorten in dem äußerlichen Werth anrechnet, in welchem er ſie von dem Gläubiger empfangen hat. Man ſetze alſo, zur Zeit des geſchloſſenen Contracts habe der Louisd'or 6 Thaler gegolten, der jetzt nur 5 Thaler gilt, ſo kann ihn der Schuldner doch zu 6 Thalern anrechnen. Denn wenn man annimmt, daß die Waaren nun auch verhältnißmäßig wohlfeiler geworden ſind, ſo kann nun jetzt der Gläubiger mit einem Louisd'or eben ſoviel erhandeln, als der Schuldner mit 6 Thalern zu kaufen vermochte. In dem andern Falle hingegen, da der Preiß der Waaren, des heruntergeſetzten Werths der Münzen ungeachtet, unverändert geblieben iſt, muß der Schuldner, wenn er die Münzen in ihrem vollen Werthe genutzt hat, dasjenige, was dieſelben durch die Herabſetzung an ihrem äußerlichen Werthe verloren haben, dem Gläubiger vergüten, weil ſonſt der Gläubiger offenbar Schaden leiden würde. Er bekommt zwar nun an Stückzahl

10) Abhandl. von den Münzſorten ꝛc. §. 189. ff.

zahl mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat, allein da er, bey dem vorigen und unverändert gebliebenen Preis der Waaren, damit doch nicht mehr beſtreiten kann, als der Schuldner mit dem ihm geliehenen Gelde ausrichten konnte, ſo erhält der Gläubiger doch dem Werthe nach nicht mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat.

Es iſt übrigens noch Folgendes zu bemerken.

1) Iſt es zweifelhaft, in welcher Münzſorte das Darlehn gegeben worden, ſo wird vermuthet, daß die Auszahlung in derjenigen Münzſorte geſchehen ſey, welche zur Zeit des Contracts an dem Orte, wo das Darlehn contrahirt worden, am häufigſten courſirte [11]); und zwar wird Silber-Courant eher, als Gold, vermuthet. Sollte jedoch auch hierin mit Gewißheit nichts zu beſtimmen ſeyn; ſo ſtreitet die Vermuthung für diejenige Münzſorte, worin die Zinſen bisher entrichtet und angenommen worden ſind, weil die Zinſen, als eine acceſſio ſortis, der Regel nach in eben ſolchen Münzſorten bezahlt werden müſſen, in welchen das Capital ſelbſt abzutragen iſt [12]).

2) Iſt zwar noch keine Münzveränderung geſchehen, aber es ſteht eine ſolche bevor; man weiß, daß eine Münzſorte nächſtens abgeſetzt werden wird, ſo entſteht die Frage, ob

11) S. de BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. Th. 4. Not. 7. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 2. §. 10. Schmidt von den Münzſorten ꝛc. §. 62. n. S. 112. Vergl. auch das Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 11. Tit. §. 779.

12) *L. 23. C. de Uſur.* Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidts Abhandl. von den Münzſorten §. 218. Man ſehe auch das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 801.

ob der Gläubiger die Bezahlung der Schuld in einer ſolchen Münzſorte anzunehnen verbunden ſey? Auch hierüber ſind die Rechtsgelehrten verſchiedener Meinung. Gmelin [13]) behauptet, der Gläubiger müſſe ſich die Bezahlung in dieſer Münzſorte gefallen laſſen, wofern nur nicht etwa der Schuldner die Bezahlung ohne Urſach verzögert, oder ſich ſonſt dabey eines Betrugs ſchuldig gemacht hat. Leyſer [14]) und Schmidt [15]) entſcheiden hingegen jene Frage verneinend. Es läßt ſich vielleicht folgender Mittelweg treffen. Der Gläubiger hat entweder in dieſer Münzſorte das Darlehn gegeben, oder in einer andern. In dem erſten Falle kann ſich der Gläubiger nicht weigern, die Zahlung in dieſer Münzſorte anzunehmen, ſo lang ſie wirklich noch nicht verrufen iſt, wenn nur die Heimzahlung nicht vor der Zeit geſchieht. In dem andern Falle hingegen kann er die Annahme der Bezahlung in einer ſolchen Münzſorte, die auf dem Sprung ſteht, abgeſetzt zu werden, mit Recht verweigern.

3) Iſt einer von beyden Theilen in mora, ſo trägt dieſer den Schaden billig allein, welche aus der unterdeſſen erfolgten Münzveränderung entſtanden iſt [16]).

4) Die Grundſätze von Leiſtung einer Zahlung im Falle einer entſtandenen Münzveränderung finden nicht nur beym Darlehn, ſondern auch in allen andern Fällen Statt, wo eine Geldſchuld abzutragen iſt, die Forderung ſey durch einen

13) Von Aufſätzen über Verträge §. 30. S. 50.

14) Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 20.

15) Abhandl. von d. Münzſorten ꝛc. §. 142. ff.

16) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. B.

einen Vertrag, oder Teſtament begründet worden, oder rühre aus einer unmittelbaren Verordnung der Geſetze her. Ueberall iſt auf den Anfang des Geſchäfts zu ſehen, wodurch die Forderung entſtand [17]). Nur wenn von Erſtattung eines Darlehns anderer fungiblen Sachen die Rede iſt, deren Werth in Ermangelung von Sachen der nämlichen Art erſetzt werden ſoll, ſo wird der Preiß nach der Zahlungszeit beſtimmt [18]). Der Grund iſt ganz natürlich der, weil es hier nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekoſtet hat, ſondern vielmehr die Frage davon iſt, wie viel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuſchaffen [19]). **Julian** lehrt dies auch ausdrücklich, wenn er *L.* 22. *D. h. t.* ſagt: Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum eſt. Quaeſitum eſt, *cuius temporis aeſtimatio fieret*: utrum cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res iudicaretur? SABINUS reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: ſi non, *quanti tunc* [20]), *cum petitum eſſet.* Interrogavi, cuius loci

17) *L. 7. D. de auro arg. leg. L. 40. D. eodem. L. 41. §. 4. D. de legat. 3. Cap. 20. X. de Cenſib.* Schmidt von den Münzſorten §. 63. ff. BOEHMER Diſſ. cit. de ſolutione debiti pecun. §. 9. ſqq. Strubens rechtliche Bedenken 2. Band Bed. 22. KIND Quaeſt. for. Tom. I. cap. 90.

18) S. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Deciſ. 63. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1872.

19) S. Meiſters pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrecht 1. Band Bemerk. XIX. §. 10.

20) Die Worte: *ſi non, quanti tunc*, ſind in den meiſten Ausgaben eingeklammert. Nur Baudoza lieſet, ohne Einſchlieſſung,

loci pretium ſequi oporteat? Reſpondit, ſi conveniſſet, ut certo loco redderetur, quanti eo loco eſſet: ſi dictum non eſſet, quanti, ubi eſſet petitum. Da jedoch dieſer Gegenſtand ſich mehr zur condictio triticaria qualificirt, als daß er hierher gehört, wie auch Cujaz[21]), Merillius[22]), und Schulting[23]) bemerkt haben, ſo werde ich davon Lib. III. Tit. 13. ausführlicher handeln.

§. 784.

ſung, *ſi non, quanti tunc fuiſſet.* Unſer Erlanger Codex hat, *ſi non, quanti tunc eſſet.* Da dieſe Worte auch in der Taurelliſchen Ausgabe eingeklammert ſind, ſo iſt dies ein Beweis, daß ſie in der Florentiniſchen Handſchrift nicht ſtehen, und von Taurell ergänzt worden ſind. Von dieſem Supplement hängt indeſſen die ganze Meinung des Sabinus ab, wofern man nicht etwa mit Brenkmann in dem Gebauerſchen Corp. iuris: *Sabinus reſpondit, ſi dictum* NON *eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet, cum petitum eſſet*, leſen will. Allein die Nothwendigkeit jenes Supplements beweiſen inſonderheit die *Baſilica* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 22. wo es heißt: Εὰν συνεφωνήθη πότε καὶ ποῦ χρὴδοθῆναι τόν δανεισθέντα οἶνον, πρὸς ἐκεῖνον τόν τόπον καὶ τὸν χρόνον δίδοται ἡ διατίμησις. εἰ δὲ μὴ συνεφωνήθη, πρὸς τὸν τῆς προκατάρξεως καιρὸν, καὶ τὸν τόπον καθ᾽ ὃν ἡ δίκη λέγεται. i. e. *Si convenerit, quando et ubi vinum mutuo datum reddi opporteret, quanti eo tempore et loco eſſet, aeſtimatio datur. Si vero non convenerit, ſpectatur tempus litis conteſtatae, et locus quo petitur.* Dieſer Beweis iſt bisher ganz überſehen worden.

21) Comment. ad h. L. 22. D. in *Operib.* T. IV. P. I. pag. 714. et Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. Quod certo loco.

22) Variant. ex Cujacio. Lib. I. c. 17.

23) Theſ. controverſar. Decad. XXXVII. Th. 2.

§. 784.

Wenn iſt ein Darlehn zurückzuzahlen?

In Abſicht auf die Zeit der Rückzahlung des Darlehns kommt es darauf an, ob darüber durch Vertrag etwas beſtimmt worden iſt, oder nicht. Iſt das Erſtere, ſo muß es dabey bleiben, und eine ſolche Beſtimmung iſt für beyde Theile rathſamer [24]).

1) Für den Schuldner, weil der Gläubiger vor Ablauf der beſtimmten Zeit die Bezahlung nicht verlangen kann. Es müßten denn etwa die Umſtände des Schuldners ſich zu verſchlimmern anfangen, und der Gläubiger Gefahr laufen, das Seinige zu verliehren. Unter dieſen Umſtänden kann freylich der Zahlungstermin den Gläubiger nicht weiter binden.

2) Für den Gläubiger, a) weil dann ſogleich nach Ablauf der Verfallzeit der Verzug mit ſeinen Wirkungen auf Seiten des Schuldners, ohne Interpellation, eintritt, wenn die Bezahlung nicht erfolgt. b) Weil auch der Gläubiger nicht ſchuldig iſt, vor Ablauf der beſtimmten Zeit die Zahlung vom Schuldner anzunehmen, wenn ihm daraus ein Nachtheil erwächſt [25]). Es iſt aber doch noch inſonderheit darauf zu ſehen, zu weſſen Beſten die Zahlungszeit beſtimmt worden iſt. Im Zweifel vermuthet man immer, daß der Zahlungstermin zum Vortheil des Schuldners beygefügt worden ſey [26]), und dann kann der Schuld-

24) S. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 31.

25) Schmidt von den Münzſorten §. 147. und STRYK Uſ. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14.

26) *L. 41. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 17.* D. *de Reg. iur.* Schmidt im angef. Buche §. 149. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4113.

Schuldner auch früher Zahlung leiſten [27]). Wenn hingegegen die Zahlungszeit blos zum Vortheil des Gläubigers beygefügt worden, oder ſich ſonſt aus den Umſtänden ergiebt, daß es zum Beſten beyder Theile geſchehen ſey, ſo kann zwar der Gläubiger das Geld auch früher annehmen, als er es anzunehmen ſchuldig wäre, allein es müſſen ihm dennoch die Zinſen von der ganzen Zeit bezahlt werden [28]).

Iſt keine Zeit zur Zurückzahlung beſtimmt, ſo kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, da es ihm beliebt, die Schuld bezahlen; er kann dagegen aber auch zu jeder, auch ungelegenſten Zeit, wegen der Bezahlung vom Gläubiger belangt werden. So lange jedoch der Schuldner nicht gemahnt worden iſt, iſt er nicht in mora. Es muß auch demſelben in dieſem Falle immer ſo viel Zeit übrig gelaſſen werden, als er nöthig hat, um das Geld in ſeinen Nutzen zu verwenden, und es wieder aufzubringen, welches nach billigem Ermeſſen des Richters zu beſtimmen iſt [29]).

Ein Gleiches findet auch in dem Falle Statt, wenn die Wiederbezahlung in ſolchen Ausdrücken verſprochen worden iſt, die keine beſtimmte Zeit enthalten, z. B. der Schuldner wolle das Darlehn eheſtens, oder nach Gelegenheit,

27) *L. 70. L. 98. §. 4. D. de Solut. L. 137. §. 2. in fin. D. de Verb. obligat.*

28) *Arg. L. 55. §. ult. D. Locati.* STRYK Uſ. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14. in fin. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Lib. et Tit. §. 28. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

29) *L. 105. D. de Solut.* VOET h. t. §. 19. CARPZOV Reſp. iur. iur. Lib. IV. Reſp. 56. nr. 12. und Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 31. S. 55.

heit, ſo wie es ſeine Umſtände zuließen, wiederbezahlen. Auch hier muß dem Schuldner, wenn ſich die Partheyen nicht vereinigen können, ein Zahlungstermin nach dem Ermeſſen des Richters geſetzt werden [30]). Billig wird auch in dieſem Falle dem Gläubiger, wenn er auf die Bezahlung klagt, der Beweis obliegen, daß dem Schuldner die Bezahlung nach ſeinen gegenwärtigen Umſtänden leicht möglich ſey, beſonders wenn die Bezahlung der Schuld nach Bequemlichkeit verſprochen worden wäre [31]). Es iſt gewöhnlich, daß bey einer auf unbeſtimmte Zeit geſchehenen Geldanleihe die Loßkündigung binnen einer gewiſſen Zeit, z. B. einvierteljährige oder halbjährige Aufkündigung des Capitals bedungen wird. Dieſes Recht ſteht alsdann beyden Theilen zu. Wie aber, wenn ſich nur ein Theil die Aufkündigung vorbehalten haben ſollte? Man ſetze z. B. daß ſich bey einem auf unbeſtimmte Zeit ausgeliehenen Capital der Gläubiger allein die einvierteljährige Aufkündigung vorbehalten hätte. An ſich kann dies nie die Folge haben, daß nun deswegen der Schuldner ſich gar keiner Loßkündigung ſollte bedienen können. Denn es wäre ja unbillig, wenn der Schuldner das Capital immer und ewig behalten müßte, dafern es dem Gläubiger nicht gefiele, das Capital aufzukündigen. Nein, das Recht der Loßkündigung muß auch in dieſem Fall dem Schuldner zuſtehen. Es kommt ihm nur die kurze Loßkündigungsfriſt von einem

30) WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. IV. Obſ. 93. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 175.

31) S. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 43.

einem Vierteljahre nicht zu ſtatten, welche ſich der Gläubiger vorbehalten hat, ſondern ſie iſt auf eine längere Zeit auszudehnen, ſoviel nämlich dem Gläubiger nöthig iſt, um ſein Geld anderwärts zinsbar wieder unterzubringen, welches dann ebenfalls nach dem billigen Ermeſſen des Richters zu beſtimmen iſt [32]). Es entſteht hierbey noch die Frage, von welchem Zeitpunkt die bey der Loßkündigung bedungene Friſt anzurechnen ſey, ob vom Tage der geſchehenen Aufkündigung oder erſt von Endigung des Jahrs an? Wernher [33]) behauptet das Erſtere. Nach der gemeinen Meinung aber wird in der Praxis das Letztere angenommen, und alſo das Vierteljahr nicht vom Tage der geſchehenen Aufkündigung, ſondern erſt von Endigung des Jahrs angerechnet [34]); ſo wie denn überhaupt die Regel gilt, daß ein auf jährige Verzinſung dargeliehenes Capital nicht eher, als nach Ablauf des Jahrs, jedesmal zurückgefordert werden könne. Es iſt daher eine genaue Beſtimmung darüber in der Schuldverſchreibung, als eine nöthige Vorſicht, zu empfehlen [35]).

§. 785.

Klage aus dem Darlehncontract.

Aus dem Darlehn entſpringt nur eine Klage, welche von dem Contract *actio mutui* [36]), und weil ſie immer auf

32) S. Joh. Lud. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener practiſchen Rechtsmaterien 2. Band Nr. 44.

33) Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 37.

34) MEVIUS Part. III. Deciſ. 144. STRYK Cautelae contractuum Sect. II. Cap. I. §. 19. *Car. Gottfr.* KISSLING Diſſ. de obſervationibus quibusdam forenſib. circa reſignationem nominis, praeſ. *Conr. Wilh.* STRECKER. *Erfordiae 1744.* §. 17.

35) S. Gmelin von Aufſätzen über Verträge. §. 31. S. 56.

36) *L. 5. C. Quib. non obiicit. longi temp. praeſcript.*

auf eine beſtimmte Quantität gerichtet wird, auch *condictio certi ex mutuo* heißt [37]). Sie ſteht dem Gläubiger gegen den Schuldner zu. Haben mehrere das Darlehn gemeinſchaftlich gegeben, ſo kann jeder auf ſeinen Antheil klagen, weil die Forderung theilbar iſt; es wäre denn etwa verabredet worden, daß jeder allein auf das Ganze ſollte klagen können. Dann findet die Prävention Statt [38]). Eben ſo, wenn mehrere mit einander das Darlehn empfangen haben. Hier kann jeder nur auf ſeinen Antheil belangt werden, wenn nicht ausdrücklich eine Correalobligation iſt feſtgeſetzt worden [39]). Daß die Klage auch auf die Erben geht, hat keinen Zweifel [40]). Doch haften mehrere Erben des Schuldners immer nur pro rata hereditaria [41]); auch ſelbſt alsdann, wenn gleich der Schuldner durch ausdrücklichen Vertrag dem Gläubiger zugeſichert hätte, daß er jeden ſeiner Erben eben ſo, wie ihn ſelbſt, auf das Ganze zu belangen, befugt ſeyn ſolle. Denn ein ſolcher Vertrag iſt ohne Wirkung [42]). Im Teſtament kann zwar der Schuldner verordnen, daß einer ſeiner

37) *Princ. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L. 9. pr. D. h. t.* Certi condictio competit ex omni cauſa, ex omni obligane, *ex qua certum petitur.*

38) *L. 9. Cod. Si certum petat.* VOET Comm. ad Pand h. t. §. 15.

39) *L. 5. L. 12. Cod. Si certum petatur. L. 11. §. 1. D. de duob. reis.*

40) *L. 49. D. de Obligat. et action.*

41) *L. 1. Cod. Si certum petat. L. 1. et tot. Tit. Cod. de heredit. actionib.*

42) *L. 56. §. 1. D. de Verbor. obligat.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 17. MEVIUS P. VI. Deciſ. 94.

ſeiner Erben die Schuld allein übernehmen ſolle, und dieſe Verordnung iſt auch unter den Miterben verbindlich. Allein der Gläubiger iſt deswegen weder berechtiget noch verbunden, von dieſem Erben allein das Ganze zu fordern, ſondern er kann deſſen ungeachtet nur gegen jeden der Erben auf ſeinen Antheil klagen, obwohl derjenige, welcher die ganze Schuld nach dem Willen des Erblaſſers bezahlen ſoll, die übrigen zu entſchädigen verbunden iſt [43]).

Die Klage geht nun dahin, daß der Beklagte das Darlehn durch eben ſoviel von derſelben Art und Güte, als er empfangen hat, zurückgeben ſolle. Heutzutage kann die Klage auch auf Zinſen, und zwar ſowohl verſprochene als Verzugszinſen, ja ſogar auf eine Conventionalſtrafe gerichtet werden [44]); welches aber freylich dem Römiſchen Recht nicht gemäß iſt, weil hier die Verbindlichkeit ex re entſteht. *Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit*, ſagt Paulus *L.* 17. *pr. D. de pact.* Was indeſſen bey den Römern durch eine Stipulation möglich war [45]), kann heutzutage durch ein bloßes pactum bewirkt werden, wenn es auch dahin gehen ſollte, daß mehr zurückgegeben werde, als dargeliehen worden iſt, wofern es nur

43) *L. 69. §. 2. D. de legat. I.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 468.

44) Man ſehe hier, was davon ſchon oben geſagt worden iſt §. 779. S. 4. f. und vergleiche noch *Paul. Wilh.* SCHMID Progr. de poena conventionali circa mutuum. *Ienae 1760.* auch Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 768.

45) *L. 24. D. de praeſcript. verb. L. 126. §. 2. D. de verbor. obligat.*

nur nicht auf einen unerlaubten Zinswucher hinausläuft [46]).

Die actio mutui iſt alſo immer eine actio directa, eine *actio mutui contraria* giebt es nicht. Sollte auch der Empfänger des Darlehns durch die Schuld des Darleihers Schaden gelitten haben, weil z. B. ſich unter dem Gelde falſche Stücke befanden; oder der Wein verfälſcht war; ſo finden doch nur die allgemeinen Klagen auf Schadenserſatz Statt; nämlich die actio ex Lege Aquilia, oder actio in factum, oder auch, wenn der Darleiher in dolo iſt, actio doli [47]).

§. 786.

Beweis des Darlehns. Exceptio non numeratae pecuniae. Römiſcher Litteral-Contract.

Läugnet der Beklagte den Empfang des Darlehns, ſo liegt der Beweis dem Kläger ob. Denn daß die Numeration geſchehen ſey, gehört zum Grunde der Klage, weil ſich ohne Tradition kein Darlehn gedenken läßt. Nun iſt die Numeration eine Thatſache, welche rechtlich nicht vermuthet wird. Dieſen Beweis kann der Kläger entweder durch Zeugen führen, welche bey der Darzählung des Gel-

46) S. *Mich. God.* WERNHER Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. et 17. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 17. Not. p. pag. 125. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1870. Anderer Meinung iſt jedoch *Ge. Steph.* WIESAND in Opuſcul. iurid. Specim. V. Obſervat. 3. pag. 54. ſqq.

47) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 769. Not. 1. S. 853. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 886.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

des gegenwärtig waren, oder auch durch Eidesdelation. Hingegen ein ſchriftliches Bekenntniß des Beklagten, daß er das Darlehn empfangen habe, auf deſſen Rückzahlung geklagt wird, (Chirographum) iſt dazu an ſich nicht hinreichend, weil die römiſchen Geſetzgeber annehmen, daß der Schuldſchein gewöhnlich in der Hoffnung ausgeſtellt werde, Geld zu erhalten, ohne daß nachher immer die wirkliche Auszahlung erfolge[48]. Um daher den Misbrauch ausgeſtellter Schuldſcheine zu verhüten, wurde verordnet, daß ein ſolches ſchriftliches Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns vor dem Ablauf einer gewiſſen Zeit wider den Ausſteller nichts beweiſen ſolle Die Einrede, mit welcher ſich der Ausſteller des Chirographi deswegen ſchützen kann, heißt *exceptio non numeratae pecuniae*. Dieſe Exception wird alſo von demjenigen vorgeſchützt, welcher, in der Hoffnung Geld zu erhalten, ſchon zum Voraus ein ſchriftliches Bekenntniß über den Empfang des Darlehns ausgeſtellt hat, und wird der Klage aus dem Darlehn mit der Wirkung entgegengeſetzt, daß der Kläger auf andere Art, als durch den in Händen habenden Schuldſchein, die wirklich geſchehene Numeration beweiſen muß[49]. Anfangs war

48) S. Gundlingiana. Stück 40. Nr. II. §. 19. S. 434. f.

49) *L. 3. Cod. de non numerata pecunia.* Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis: *exceptione* oppoſita ſeu doli ſeu *non numeratae pecuniae*, compellitur petitor probare, pecuniam tibi eſſe numeratam: quo non impleto, abſolutio ſequetur. — *L. 5. Cod. eadem.* Ignorare non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quaſi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente cauſa debiti* in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata ſit; *ſed an iuſta cauſa debiti praeceſſerit.* S. *Rom.*

war dieſe Einrede an gar keine Zeit gebunden. Allein, um der Schikane vorzubeugen, fanden es die römiſchen Geſetzgeber in der Folge für gut, dieſelbe in einen gewiſſen Zeitraum einzuſchränken. Zuerſt wurde dazu eine Jahresfriſt beſtimmt. Nachher dehnte man dieſelbe auf eine Zeit von fünf Jahren aus[50]. Juſtinian beſchränkte ſie zuletzt in

Rom. TELLER Diſſ. de exceptione non numeratae pecuniae. *Lipſiae 1773.* und Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae auf ihre genuinen Grundſätze zurückgeführt. In deſſelben juriſt. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. Leipzig 1780. 2. Aufſatz.

50) Es erhellet dieſes aus den Fragmenten des Hermogenianiſchen Codex bey *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 709. in welchen Tit. 1. *de cauta et non numerata pecunia* eine Verordnung unter der Aufſchrift: AURELIUS *Alexio* vorkommt, welche folgendergeſtalt lautet: Ex cautione non numeratae pecuniae non *anni*, ſed *quinquennii ſpatio* deficere, nuper cenſuimus. Wer der Kaiſer AURELIUS ſey, deſſen in der Inſcription gedacht wird, iſt zweifelhaft. Schulting c. l. not. 2. hält den *C. Aurelius Valerius Diocletianus* für den Urheber, welcher anfangs allein herrſchte, ehe er den Kr. Maximian zum Mitregenten annahm. Von dieſen Kaiſern wären auch alle übrigen Verordnungen in den Fragmenten des Hermogenianiſchen Codex. Hierzu komme noch, daß dieſe Verordnung von Sirmium datirt ſey. Dies ſey eine Stadt in Panonien, aus welcher mehrere Verordnungen von dieſen Kaiſern wären erlaſſen worden; als *L. 19. L. 24. L. 25. C. de pact. L. 19. L. 24. L. 39. Cod. de Transact.* Allein man ſehe, was dagegen WALCH in Controv. iur. civ. p. 584. erinnert hat. *Ge. Sam.* MADIHN in Diſſ de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae. *Halae 1760.* §. 10. will vielmehr, mit Beziehung auf die *L. 8. C. de non num. pecun.* den Kaiſer Alexander Severus für den Urheber des Quinquenniums halten. Denn daß auch dieſer den Vornamen

einen Zeitraum von zwey Jahren, von Zeit der Ausſtellung des Schuldſcheins an gerechnet. Nach Ablauf dieſer Zeit ſoll die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr Statt finden, ſondern die Handſchrift ſo vollkommen wider den Ausſteller beweiſen, daß er nun, ohne mit einem Gegenbeweis gehört zu werden, ſchlechterdings zur Bezahlung verurtheilt werden kann. Merkwürdig iſt folgende Verordnung des Kaiſers Juſtinian, wenn er *L.* 14. *C. de non num. pecunia*[51]) ſagt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae eſſe conſcribuntur, non intra *quinquennium*, quod antea conſtitutum erat, *non numeratae pecuniae exceptionem* obiicere poſſit, qui accepiſſe pecunias vel alias res ſcriptus ſit, vel ſucceſſor eius; *ſed intra ſolum biennium continuum*, *ut*, *eo elapſo*, *nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci poſſit:* his ſcilicet, qui propter aliquas cauſas ſpecialiter legibus expreſſas etiam elapſo quinquennio in praeteritis tempori-

namen *M. Aurelius* geführt hat, iſt bekannt. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt doch wenigſtens aus dieſem Fragment ſoviel zu erſehen, daß nicht erſt Kr. Honorius jenen fünfjährigen Zeitraum der exceptio non numeratae pecuniae vorgeſchrieben habe, wie einige wegen *L. un. Cod. Theod. Si certum petatur de chirographis* haben behaupten wollen. Noch iſt zu bemerken, daß ſtatt *Ex cautione* mit Schulting richtiger *Exceptionem* zu leſen ſey.

51) Auf dieſe Conſtitution bezieht ſich Juſtinian *L.* 2. *I. de Exceptionib.* Es iſt wohl nur für einen Druckfehler zu halten, wenn der große *Iacob* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si certum petat. Tom. I. pag. 249. ſagt: *Id vero quinquennium* triennio *poſtea mutatum a* IUSTINIANO.

poribus adiuvabantur, etiam in poſterum (*licet biennium pro quinquennio ſtatutum eſt*) eodem auxilio potituris [52]).

Es iſt nun alſo nach dem neuern römiſchen Recht auf folgende Art zu unterſcheiden, um die Wirkung eines chirographi beym Darlehn, und die Natur der exceptio non numeratae pecuniae näher kennen zu lernen. Wenn Jemand in einer Handſchrift bekennet, Geld oder andere Sachen als ein Darlehn empfangen zu haben, und er wird daraus actione mutui belangt, ſo ſind entweder ſeit der Ausſtellung derſelben noch keine zwey Jahre verſtrichen, oder der Empfänger hat die Handſchrift zur Zeit der angeſtellten Klage ſchon zwey Jahre ungeſtört beſeſſen. In dem erſten Fall ſtellt das Römiſche Recht das von den allgemeinen Regeln der Beweisführung ganz abweichende Princip auf, daß die Handſchrift innerhalb der erſten zwey Jahre wider den Ausſteller durchaus nichts beweiſe, wenn ſich derſelbe mit der exceptio non numeratae pecuniae dagegen ſchützt. Der Kläger muß alſo die geſchehene Numeration auf andere Art erweiſen. Es iſt dies als eine ganz beſondere Eigenheit dieſer Exception zu betrachten, daß, wo die Geſetze ſolche geſtatten, hierin zugleich auch die

52) *Franc.* BALDUINUS in Iuſtiniano pag. 16. (edit. d. a. 1596. 8.) iſt wegen der Zeit, da dieſe Conſtitution promulgirt worden iſt, in Verlegenheit. Huius enim legis ſubſcriptionem, diem et Conſulem deſideramus, ſagt er. Er vermuthet indeſſen, ſie müſſe im zweyten Jahre der Regierung des Kaiſers Juſtinian gegeben worden ſeyn. Allein in jeder guten Ausgabe des Codex findet ſich folgende Subſcription: *Dat. Calend. Iul. Conſtantinopoli D. N. Iuſt. A. II. Conſ.* 528. Es kann alſo über das Zeitalter dieſer Verordnung gar kein Zweifel ſeyn.

Beſtimmung liegt, daß der ihr entgegenſtehende Schuldſchein gegen ſie nichts beweiſe, ſondern deſſen Inhaber verbunden ſey, auf andere Art dieſelbe zu entkräften[53]). Daß die Laſt des Beweiſes auf den Kläger gewälzt wird, läßt ſich zwar leicht erklären. Denn man erwäge, daß die exceptio non numeratae pecuniae in der That nichts anders, als eine negative Litisconteſtation iſt. Die Kaiſer Diocletian und Maximian ſetzen hierin einen Hauptunterſchied zwiſchen der vorgeſchützten exceptio ſolutionis und der exceptio n. n. pec. wenn ſie *L. 10. Cod. de non num. pec.* ſagen:

Aſſeveratio *debitum ſolutum contendentis*, temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod *exceptio non numeratae pecuniae* certa die non delata querela prius evaneſcat: cum inter eum, qui factum adſeverans, onus ſubiit probationis, et negantem numerationem, (*cuius naturali ratione probatio nulla eſt*) et ob hoc *ad petitorem eius rei neceſſitatem transferentem*, magna ſit differentia.

Allein das iſt allerdings etwas Singuläres, daß der Kläger ſelbſt dann beweiſen muß, wenn er einen Schuldſchein des Beklagten in Händen hat, und daß dieſe Handſchrift binnen zwey Jahren wider den Ausſteller nichts beweißt, wenn er gleich den Empfang des eingeklagten Darlehns darin bekannt hat. Offenbar iſt dies ein Vorzug jener Einrede, wozu man in dem ganzen Umfange der Beweistheorie ein gleiches Beyſpiel vergeblich ſuchen wird. Die

53) Man vergleiche hier vorzüglich B. W. Pfeiffers vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des deutſchen und römiſchen Privatrechts. Marburg 1803. S. 126. ff.

Die Geſetze gehen hier ohne Zweifel von der Vermuthung aus, Mancher könne im Drang ſeiner Bedürfniſſe von demjenigen, bey dem er Hülfe ſucht, leicht zur Ausſtellung eines Schuldſcheins verleitet werden, und nachher doch kein Geld erhalten. Cocceji[54]) erklärt ſich hierüber ſehr richtig, wenn er ſagt: Quod praeſumtio ſit contra actorem tum propter avaritiam creditorum, tum propter indigentiam debitorum. Creditor enim, qui pecuniam in poteſtate habet, non praeſumitur, nec ſolet ante ſolvere, niſi prius cautio ſcribatur. Quis enim creditor ſolvet pecuniam, niſi de eius reſtitutione plene ipſi cautum ſit? et debitor indigentia pecuniae coactus facile quasque avari creditoris conditiones admittit, et ab eo deſideratam cautionem ante numerationem emittit. Si ergo debitor fatetur, numeratam eſſe pecuniam, ſuspecta ſit illa confeſſio, quippe quae ſpe numerandi ab indigente debitore avaro creditori facta eſt. Es fragt ſich aber, ob nicht bey der exceptio non numeratae pecuniae zugleich auf die Zeit Rückſicht zu nehmen ſey, da die Numeration nach dem Inhalt des Schuldbekenntniſſes geſchehen ſeyn ſoll? Einige[55]) wollen dies wirklich behaupten; ſie ſagen die exceptio non numeratae pecuniae finde nur dann gegen ein chirographum Statt, wenn der Ausſteller bekennt, das Geld auf die

54) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 22. Man ſehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. Band Nr. LXXVII. §. 7. S. 201. ff.

55) Meurer in den juriſt. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufſatz. 4. Kap. S. 47. und THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

die Handſchrift erhalten zu haben. Alſo nur, wenn das chirographum eine zur Zeit ſeiner Ausſtellung geſchehen ſeyn ſollende Numeration beſcheiniget. Sie falle hingegen weg, wenn die Zahlung in dem Empfangſchein, als ſchon früher geſchehen, ausdrücklich angeführt wird. Z. B. wenn die Handſchrift ſo abgefaßt iſt: Ich Endesunterzeichneter bekenne, daß mir Titius heute vor einem Jahre 1000 Thlr. baar geliehen habe. Gegen dieſes chirographum finde keine exceptio non numeratae pecuniae Statt. Daß es auf die Zeit der Numeration ankomme, ſoll

1) aus *L. 5. C. de non num. pecunia* erhellen, wenn es daſelbſt heißt:

Ignorare autem non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quaſi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente cauſa debiti in chirographum quantitas redigitur*, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata ſit, ſed an juſta cauſa debiti praeceſſerit.

2) *L. 13. C. eodem.* Generaliter ſancimus, ut ſi quid ſcriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non iam ei licentia ſit cauſae probationem ſtipulatorem exigere, cum ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat: niſi certe ipſe e contrario per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta, religionem iudicis poſſit inſtruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium ſubſecutum ſit. Nimis enim indignum eſſe iudicamus, quod ſua quisque voce dilucide proteſta-

teſtatus eſt, et in eundem caſum infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere.

Allein erwägt man, daß ſich beym Darlehn durchaus keine andere cauſa debiti gedenken läßt, als welche durch die Numeration begründet wird, ſo kann wohl der Unterſchied, den die angeführten Geſetze bey der exceptio non numeratae pecuniae machen, nicht der Verſchiedenheit der Zeit zugeſchrieben werden, da die Numeration geſchehen ſeyn ſoll. Nein, nicht darum, weil der Schuldſchein das Bekenntniß einer ſchon vor Ausſtellung derſelben geſchehen ſeyn ſollenden Numeration enthält, fällt die exceptio non numeratae pecuniae weg, ſondern weil dem Darlehn des Gläubigers ein in der Handſchrift beſonders angeführtes rechtliches Geſchäft vorhergieng, wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, darum kann hier von dem weitern Beweis der Numeration nicht mehr die Rede ſeyn. Chirographum ex praecedente cauſa debiti bedeutet demnach, wie Pfeiffer[56]) ganz richtig ſagt, eine ſolche Verſchreibung, wodurch die Leiſtung einer Schuld beſcheiniget wird, die ſchon vor der actuellen Zahlung rechtsverbindlich exiſtirte. Bezieht ſich nun der Gläubiger bey ſeiner angeſtellten Klage auf einen ſolchen Zahlungsſchein, und der Beklagte läugnet deſſen Inhalt, ſo iſt es klar, daß es hier nur auf die praecedens cauſa debendi ankommt. Auf dieſen Fall geht das von den Geſetzen mit der exceptio non numeratae pecuniae verknüpfte Privilegium nicht, hiergegen gilt vielmehr der producirte Empfangſchein mit voller Beweiskraft: hoc enim caſu promiſſor ſuis confeſſionibus acquieſcere debet, wie *L.* 13. *C. de*

N.

56) In den angeführten vermiſchten Aufſätzen S. 144.

N. N. P. ſagt. Der Unterſchied, welchen die angeführten Geſetze in Beſtimmung der Beweiskraft eines chirographi machen, beſteht alſo nach einer richtigern Erklärung derſelben vielmehr darin. Der Schuldſchein enthält entweder weiter nichts, als ein Bekenntniß des Ausſtellers, daß die Numeration geſchehen ſey, worin der Inhaber deſſelben den Grund ſeiner Klage geſetzt hat, oder es wird darin beſcheiniget, daß ein anderes Geſchäft vorausgegangen ſey, zu deſſen Exiſtenz die Numeration nicht weſentlich nöthig iſt, z. E. Mandat, Kauf- oder Pachtcontract; wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, über welche von dem Beklagten der Schuldſchein ausgeſtellet worden iſt. Nur in dem erſten Falle kann der Beklagte die Einrede der nicht erfolgten Numeration, ſo lange die geſetzliche Friſt von zwey Jahren noch nicht verſtrichen iſt, mit der Wirkung vorſchützen, daß der Kläger den Beweis des Anlehns nicht durch den Schuldſchein führen kann, ſondern darüber andere Beweiſe beybringen muß. Denn hier wird rechtlich präſumirt, die Handſchrift ſey nur auf Hoffnung ausgeſtellt. In dem andern Falle hingegen beweißt die Handſchrift vollkommen gegen den Ausſteller, wenn die cauſa praecedens darin deutlich ausgedruckt iſt, und der Beklagte kann, wenn er den Inhalt derſelben dennoch läugnen ſollte, hierüber keinen andern Beweis von dem Kläger verlangen, ſondern muß ſelbſt darthun, daß er, des ſchriftlichen Bekenntniſſes ungeachtet, dennoch nichts ſchuldig ſey. Z. B. A. hat für den B. vermöge erhaltenen Mandats Gelder erhoben. Dieſe hat ihm B. als ein Darlehn zu behalten verſtattet. A. ſtellt hierüber eine Handſchrift aus, und bekennt darin, 100 fl. für den B. vermöge eines erhaltenen Mandats von deſſelben

Schuld-

Schuldner erhoben zu haben, welche ihm B. als ein Darlehn zu behalten geſtattet habe, und verſpricht ſolche nach einem Jahre zu bezahlen. Klagt nun B. nach Ablauf des Jahres gegen den A., ſo kann hiergegen die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nicht vorgeſchützt werden, ſondern ſeine Handſchrift beweißt vollkommen gegen ihn; und er muß zur Bezahlung condemnirt werden, wofern er nicht ſonſt eine Einrede z. E. der Simulation, des Irrthums, oder Betrugs u. d. vorzubringen und zu erweiſen im Stande iſt. Auf dieſe Einreden zielen ohne Zweifel die Anfangsworte der *L. 5. C. de N. N. P.* wo es heißt:

Adverſus petitiones adverſarii ſi quid iuris habes, uti eo potes;

wie **Hugo Donellus**[57]) ganz richtig bemerkt hat. Zur mehreren Beſtärkung meiner Erklärung will ich noch die griechiſche Ueberſetzung von beyden Stellen aus den Baſiliken[58]) hinzufügen. In dieſen lautet

1) die *L. 5. Cod. de non num. pec.* folgendermaßen: Τότε ἀντίκειται ἀναργυρία τῷ χειρογράφῳ ὅτε οὕτως γίνεται ὡσανεὶ γενομένης ἀριθμήσεως. ὅτε δὲ τὸ χειρόγραφον ἐξετέθη ὡς εἴ γε ἐν τῷ χειρογράφῳ περὶ προγεγενημένου χρέους ὁμολογήσει, οὐ ζητοῦμεν εἰ τότε ἠριθμήθη, ὅτε ἐχειρογράφησεν, ἀλλ᾽ εἰ ἐξ ἀρχῆς ἐχρεώστησεν. i. e. *Exceptio non numeratae pecuniae chirographo tunc opponitur, cum ita fit, quaſi numeratio ſecuta ſit. Cum autem in chirographo velut ex praecedente cauſa debitum promittitur, non requirimus, an tunc, cum emiſ-*

57) Commentar. ad L. 5. C. de non num. pecun. pag. 176.

58) Tom. III. Lib. XXIII. ſec. Parte Tit. 1. Conſtit. 67. et 75. pag. 328. et 330.

emiſſum eſt, pecunia numerata ſit; ſed an ab initio debitor fuerit, qui cavit.

2) *L.* 13. *C. eodem.* Η διάταξις βούλεται τὸν φανερώσαντα ἐν τῇ ὁμολογίᾳ τὰς αἰτίας ἐξ ὧν ἐχρεώστησεν, αὐτὸν βαρεῖσθαι ταῖς ἀποδείξεσιν, ὅτι μὴ χρεωστῶν ἐχειρογράφησεν. i. e. *Conſtitutio vult, ut, qui cauſas edixit in confeſſione ſua, propter quas debitum contraxit, probationibus oneretur, quod, cum nihil deberet, chirographum conſcripſerit.*

Zur Erläuterung dieſer Stellen kann noch inſonderheit *L.* 11. *Cod. eodem.* dienen. Hier heißt es:

Si *transactionis cauſa* dare Palladio pecuniam ſtipulanti ſpopondiſti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes[59]).

Es war hier über eine Vergleichsſumme eine Handſchrift ausgeſtellet worden. Palladius klagt daraus auf die

59) Die Gothofrediſchen Ausgaben, auch die Leeuwenſche nicht ausgenommen, leſen hier, ſtatt POTES, *poteſt.* Allein dieſe Leſeart giebt dem Geſetz einen ganz unrichtigen Sinn. Denn *poteſt* müßte ja dann auf Palladium ſtipulantem gehen, wie auch wirklich Pfeiffer a. a. O. S. 146. Not. i. durch jene unrichtige Leſeart des Godefroi verführt, gemeint hat. Die richtigere Leſeart *potes* haben alle beſſere Ausgaben, als Baudoza, Ruſſard, Charondas und Spangenberg. Die Richtigkeit dieſer Leſeart beſtärken auch die *Baſilica*, in welchen Tom. III. Lib. XXIII. P. 2. Tit. 1. Conſt. 73. pag. 330. die L. 11. folgendergeſtalt lautet: Ο ἀπὸ διαλύσεως ἐπερωτηθεὶς παρασχεῖν, οὐκ ἀντιτίθησι τὴν τῆς αναργυρίας παραγραφήν. i. e. *Qui transactionis cauſa dare pecuniam ſtipulanti ſpopondit, exceptione non numeratae pecuniae ſe tueri non poteſt.*

die Bezahlung derſelben. Hiergegen findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht Statt, weil hier die Schuld nicht durch die Numeration, ſondern durch eine cauſa debiti praecedens entſtand. Die Handſchrift beweißt alſo vollkommen wider den Ausſteller.

Ich habe nun gezeigt, was die Geſetze der exceptio N. N. P. für eine Wirkung beylegen, wenn ſie gegen ein chirographum binnen den erſten zwey Jahren ſeit der Ausſtellung deſſelben vorgeſchützt wird. Ich habe die Gründe angegeben, warum die Geſetze der Handſchrift über den Empfang eines Darlehns binnen dieſer Zeit alle Beweiskraft entzogen haben. Es iſt nun noch der oben angegebene andere Fall übrig, nämlich, wenn aus der Handſchrift nach zwey Jahren auf das Darlehn geklagt wird. Hier findet nach dem neuern Römiſchen Recht die exceptio non numeratae pecuniae nicht weiter Statt, wenn gleich der Beklagte den Beweis des Nichtempfangs zu führen bereit wäre. Der Ausſteller der Handſchrift, ſo wie auch deſſelben Erbe muß nun ſchlechterdings bezahlen, nicht weil er den eingeklagten Gegenſtand empfangen hat, nein, davon iſt nun keine Frage mehr, ſondern weil ihn der Ausſteller empfangen zu haben ſchriftlich verſichert hat. Auf ſolche Art entſteht alſo aus der Handſchrift, wenn ſolche der Empfänger zwey Jahre ohne Widerſpruch des Ausſtellers beſeſſen hat, ein neuer modus obligandi, welcher in dem Syſtem des Römiſchen Rechts *litterarum obligatio*, von den Neuern aber *contractus litteralis* oder *chirographarius* genennt wird. Daß dieſe Vorſtellungsart, welche auch von den meiſten Rechtsgelehrten [60]) angenommen

60) Man vergleiche *Io. Zach.* HARTMANN Diſſ. de non putativo contractu litterali. *Kiloniae 1730. God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de

men wird, allerdings gegründet ſey, läßt ſich aus folgenden Stellen des Römiſchen Rechts ganz klar erweiſen. Am beweiſendſten hierüber iſt ſowohl der beſtimmten Darſtellung wegen, als weil gerade hierbey der Zweck war, die eigentliche Beſchaffenheit der Sache für Anfänger auseinander zu ſetzen, der Inſtitutionen Titel *de litterarum obligationibus* Lib. III. Tit. 21. Er lautet folgendergeſtalt:

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non ſunt in uſu. Plane ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt: de pecunia minime numerata poſt multum temporis exceptionem opponere non poteſt: hoc enim ſaepiſſime conſtitutum eſt. Sic fit, ut et hodie, dum queri[61]) non poteſt, ſcriptura obligetur: ut ex ea naſcatur

de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipſiae 1749.* *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis n. n. p. earumque uſu in foris noſtris ceſſante. *Halae 1760.* *Aug. Cornel.* STOCKMANN Diſſ. de litterarum obligatione. *Lipſiae 1782.* *Nic. Henr.* MAASSEN Specim. de contractus litteralis natura. *Altorfii 1783.* *Henr. Gerb.* SCHUMACHER Diſſ. qua explanatur natura contractus chirographarii iure Rom. et veteri et noviore. *Goettingae 1787.* Außerdem noch *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaeſt. 18. et ad Eundem EMMINGHAUS not. q. Tom. II. pag. 126. ſqq. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad Tit. I. de litterar. obligat. nr. 7. ſqq. *Ev.* OTTO in Comm. ad eund. Tit. pag. 440. edit. *Harpprechti.* u. WALCH Introd. in controverſ. iur. civ. pag. 581.

61) So iſt unſtreitig, ſtatt *quaeri*, zu leſen. Dieſe richtigere Leſeart haben Haloander, Hugo a Porta, und Baptiſta de Tortis.

tur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus usque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

Juſtinian gedenkt hier zuvörderſt des ſchon lange zu ſeinen Zeiten zu einer Antiquität herabgeſunkenen *contractus nominum*. Worin dieſer ältere Litteralcontract beſtanden habe, iſt ein Problem, bey deſſen Auflöſung ſowohl die größten Rechtsgelehrten, als Philologen von jeher viel Schwierigkeiten gefunden haben[62]. Denn die dar-

62) Man vergleiche *Franc.* HOTOMAN Commentar. ad Tit. Inſtitut. de litterar. obligat. pag. 351. GRAEVIUS in animadverſ. ad Ciceron. Oration. pro Roscio Comoedo cap. 5. Tom. I. P. I. pag. 237. MENARDUS in Obſervat. ad eand. Orat. Ciceronis pag. 224. SALMASIUS Lib. de Uſuris cap. 6. et de modo uſurarum Lib. II. cap. 10. *Deſid.* HERALDUS Obſervation. ad ius Attic. Lib. I. cap. 11. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis et ſolemnib. Pop. Rom. Verb. Lib. VI. Nr. CIX. p. 511. GALVANUS de Uſufructu Cap. XVII. §. 8. pag. 179. ſqq. edit. *Tübing.* *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 1. GUNDLING Obligatio nominibus facta, itemque litterarum, in *Gundlingianis* P. XL. Nr. 2. pag. 410. und in einer eleganten lateiniſchen Ueberſetzung der Reitziſchen Ausgabe von des Theophilus Paraphraſi graeca Inſtitut. Tom. II. Excurſ. XVII. pag. 1212. ſqq. beygefügt. HEINECCII Syntag. Antiquitat. Roman. Lib. III. Tit. 22. §. 1. ſqq. *Io. Nepom.* ENDRES Diſſ. crit. περὶ τῆς ἐν γράμμασιν ἐνοχῆς τῶν ευρισκομένον Θεοφίλου Αντικηνσωρος. ſ. de litterarum obligatione Theophili, viſiones legitimae. *Wirceburgi 1778.* EM-

darüber in den Claſſikern und den Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehrten enthaltenen Winke ſind theils zu ſparſam, um ſich von dieſem Contract eine ganz deutliche Idee zu machen; theils ſcheinen aber auch ſelbſt die Vorſtellungsarten der Alten nicht mit einander übereinzuſtimmen, indem der Litteralcontract, welchen **Theophilus** beſchreibt, ganz von dem verſchieden zu ſeyn ſcheint, von welchem uns **Cicero** und andere Claſſiker Nachricht geben. Dieſe Widerſprüche laſſen ſich indeſſen wohl vereinigen, wenn man annimmt, daß der Contract nach Verſchiedenheit der Zeiten in mehr als einer Form abgeſchloſſen worden iſt. Wir wollen uns zunächſt an den griechiſchen Paraphraſten halten, welcher, als Mitarbeiter an den Inſtitutionen des Krs **Juſtinian**, wofür man nun wohl dieſen **Theophilus** ohne allen Zweifel halten kann[63]), doch gewiß am beſten zu ſagen wußte, was **Juſtinian** unter der veralteten obligatio nominum verſtand. **Theophilus** giebt uns nun in ſeiner Paraphraſe folgenden Aufſchluß.

Ἡ δὲ litteris τὸ παλαιὸν τοιȣ̃τον ἐπεδέχετο ὅρον. Litteris ἐςὶ, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμε-

MINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 18. not. q. beſonders L. Harſcher von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien §. 5. in Grolmans Magazin für die Philoſophie und Geſchichte des Rechts 1. Band S. 324. und von Almendingen über die Rationes domeſticae der Römer zu den Zeiten der freien Republic; in dem angeführten Magazin 2. Band S. 178. ff. wo er den *contractus nominis* ſ. *litteralis* nach ſeiner urſprünglichen Beſchaffenheit aus dem Inſtitut der rationum domeſticarum und des Argentariats vortreflich erklärt hat.

63) S. *Phil. Bern.* DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Inſtitutionen-Paraphraſe des Theophilus. 2. Abſchn.

ξόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς. Εἰ γάρ τις ἐχρεώστει μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος, ἢ ἐπερωτήσεως, (πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις·) ἠβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν τυπικὰ λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν, ὃν ἔνοχον ἠβουλόμην τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ· Ἦν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· Τοὺς ἑκατὸν χρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; εἶτα ἐνεγράφετο, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως, ταῦτα τὰ ῥήματα· Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων. Καὶ ἡ μὲν προτέρα ἐνοχὴ απεσβέννυτο, καινοτέρα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ litteris. αὕτη δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. i. e. *Litterarum* autem *obligatio* olim hanc recipiebat definitionem: *litterarum obligatio* eſt vetus debitum per verba et ſcripta ſolemnia transformatum in novum creditum. Nam ſi quis centum mihi aureos debebat ex emtione vel locatione, vel mutuo vel ſtipulatione, (multae autem ſunt debitorum cauſae) egoque hunc vellem litteris obligatum mihi reddere: *neceſſe erat ſolemnia verba dicere et ſcribere ad eum, quem litteris obligare mihi volebam.* Erant autem haec verba, quae et dicebantur et ſcribebantur: *Centum aureos, quos mihi ex cauſa locationis debes, tu ex conventione et confeſſione litterarum tuarum dabis?* Deinde adſcribebantur, ut ab eo, qui iam ex locatione obligatus eſſet, haec verba: *Ex conventione debeo litterarum mearum* 64). Et prior obligatio

64) Ich habe mich hier ganz nach der Reitziſchen Ausgabe des Theophilus gerichtet, und daher auch die Reitziſche Ueberſetzung

extinguebatur, nova autem, id eſt *litterarum*, naſcebatur. Haec vero ex eo, *quod in ſcriptis conſiſteret*, adpellationem accepit.

Nach dieſer Beſchreibung des **Theophilus** war alſo die alte *nominum* oder *litterarum obligatio*, deren **Juſtinian** in ſeinen Inſtitutionen, als Antiquität, gedenkt, eine Art von Novation, wodurch eine ſchon vorhandene Schuldverbindlichkeit, ſie mochte aus einem Darlehn, oder Kauf oder ſonſt aus einem Contract entſtanden ſeyn, mittelſt einer mündlich ausgeſprochenen Formel aufs neue anerkannt, und dieſe Formel in einen ſchriftlichen Aufſatz gebracht wurde, ſo daß nun die vorige Verbindlichkeit aufgeho-

ſetzung dieſer Stelle wörtlich beybehalten, weil ſie mit dem griechiſchen Text genau übereinſtimmt. Ich muß indeſſen hier bemerken, daß die Ausgabe des Fabrotus von den übrigen abweicht, und, ſtatt der griechiſchen Worte, folgende lateiniſche Formeln hat: *Centum aureos, quos mihi ex cauſa locationis debes, expenſos tibi tuli? — Expenſos mihi tuliſti.* Anton Schulting in Iurisprud. Antejuſtin. pag. 163. Heineccius in Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 22. §. 4. not. b. und Hofacker in Princip. iur civ. Tom. III. §. 2042. not. a. geben der Fabrotiſchen Ausgabe den Vorzug. Allein Reitz hat in ſeiner Note zu Theophilus Tom. II. pag. 671. dagegen ſehr gründlich erinnert, daß dieſe Formeln ſchon darum nicht richtig ſeyn können, weil es ja ungereimt geweſen wäre, den Schuldner nicht über ſeine eigene, ſondern über die Handlung des Gläubigers zu befragen. Es hätte alſo, ſtatt jener Formel bey Fabrot, der Gläubiger vielmehr den Schuldner ſo fragen müſſen: *C. aureos — acceptos mihi retuliſti?* oder *tibi a me expenſos tuliſti?* und die Antwort des Schuldners hätte ſo lauten müſſen: *acceptos tibi retuli*; oder *expenſos tuli.* Er hat alſo mit Recht dem griechiſchen Text den Vorzug gegeben.

gehoben war, und blos aus dem neu errichteten ſchriftlichen Contract geklagt werden konnte. Theophilus iſt zwar von mehreren wegen dieſer Vorſtellungsart getadelt worden [65]). Salmaſius [66]) ſagt ſogar dem Paraphraſten geradezu ins Geſicht, er habe von der ganzen Sache nichts verſtanden; und Hotoman hält das alles für abſurd, was Theophilus von der feyerlichen Umſchaffung der alten Verbindlichkeit in eine litterarum obligatio geſagt hat. Allein Oiſelius [67]), Schulting [68]) und Galvanus [69]) haben dem griechiſchen Rechtslehrer alle Gerechtigkeit wiederfahren laſſen. Theophilus lebte ja zu einer Zeit, wo ihm alle Hülfsquellen zur Erklärung der Inſtitutionen zu Gebote ſtanden. Wer ſollte alſo wohl glauben, er habe uns täuſchen wollen, da er die Schriften eines Cajus, Ulpianus, und der übrigen römiſchen Rechtsgelehrten, welche damals noch vollſtändig vorhanden waren, zur Hand hatte, aus denen er ohne Zweifel ſeine Erklärung geſchöpft hat, und aus welchen er ſich gewiß richtiger belehren konnte, als diejenigen, welche ihn wegen ſeiner Erklärung tadeln. Daß der Litteralcontract bey Cicero und andern römiſchen Claſſikern in einer andern Form erſcheint, als der, welchen Theophilus beſchreibt, kann nichts gegen ihn beweiſen. Man unterſcheide die Zeiten und Sitten der Römer. Urſprünglich ſtand freylich der contractus nomi-

65) Man ſehe hier beſonders ENDRES Diſſ. cit. §. 17 — 19.

66) De uſuris cap. 6.

67) ad *Caji* Inſtitut. Lib. II. Tit. 9. §. 12. not. 76. in SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 161.

68) Ad eund. *Caji* locum. Ibidem pag. 163.

69) De uſufructu Cap. XVII. pag. 180.

nominum, oder die obligatio litterarum mit den rationibus domeſticis in dem genaueſten Zuſammenhange. Jeder auf bürgerliche Achtung Anſpruch machende römiſche Paterfamilias führte eine genaue Rechenſchaft über ſeine tägliche Einnahme und Ausgabe. Er führte ſie für ſich und für den Staat zugleich; für den letztern, damit dieſer nichts von den Steuern verliere, welche das Geſetz dem Güterbeſitzer auferlegte; für ſich, damit ihm die Stufe von politiſcher Wichtigkeit geſichert bleibe, welche ihm der cenſus angewieſen hatte. Ueber die tägliche Ausgabe und Einnahme wurde ein Journal, oder, wie wir es auch nennen würden, ein Manual geführt. Dieſe Annotationen, die nur memoriae cauſa flüchtig niedergeſchrieben wurden, hießen *Adverſaria*[70]). Aus dem Inhalt des Manuals wurden von Zeit zu Zeit, vielleicht von einem Monat zum andern, dem Cenſor beeidigt vorzulegende, einer beſtändigen Verwahrung im Familienarchiv gewidmete Rechnungen gebildet. Sie hießen *rationes domeſticae*, *tabulae*, oder *codices accepti et expenſi*[71]).

Das

70) Man vergleiche *Andr.* ALCIATI Diſpunction. Lib. II. c. 29. et Παρεργων jur. civ. Lib. VIII. cap. 7. *Io.* CORASII Miſcellan. iur. civ. Lib. I. cap. 18. nr. 4. *Petr.* COSTALII Adverſar. P. I. ad L. 1. D. de edendo pag. 91. und *Herm.* VULTEII Diſceptat. Scholaſt. Lib. I. cap. 6. Wie konnte der große Cujaz Obſervation. Lib. VIII. cap. 15. von ſich ſagen: *Adverſariorum notationem me non ſatis compertam habere, ingenue confiteor?*

71) CICERO *pro Roſcio Comoedo cap.* 2. ſagt: Quid eſt, quod *negligenter* ſcribamus *adverſaria?* Quid eſt, quod *diligenter* conficiamus *tabulas?* qua de cauſa? quia haec ſunt menſtrua, illae ſunt aeternae; haec delentur ſtatim, illae ſervantur ſanctae: haec parvi temporis memoriam, *illae perpetuae exiſtimationis*

fidem

Das Bedürfniß des Aerariums, über die vollſtändige Erhebung der Steuern geſichert zu ſeyn, hatte zwar dieſe Tabulae erzeugt. Allein auch in der Folge, als nach der Beendigung des letzten Macedoniſchen Krieges dieſes Bedürfniß, und alle directe Beſteuerung aufhörte, war es dem Staat dennoch nicht gleichgültig, ob codices accepti et expenſi geführt wurden, oder nicht. Zur Organiſirung der Centurien waren ſie unentbehrlich. Denn die in den Claſſen und Centurien jedem Bürger zukommende Stellen wurden nach dem Vermögenszuſtande beſtimmt. Jeder Bürger war daher gleichſam als Mitregent des Staats berufen, ein guter Haushalter zu ſeyn, und, daß er es ſey, durch ſeine codices accepti et expenſi zu beweiſen. Der durch dieſe Tabulae feſtgeſetzte Zuſtand ſeines Vermögens, — das Reſultat der dem Staat über die Verwaltung deſſelben abgelegten Rechenſchaft, — wurde in das vom Cenſor geführte Vermögens-Kataſter (tabulae cenſuales) eingetragen, und ſo wurden dann die Documente ſeiner Häuslichkeit im Staatsarchiv (Tabularium) verewigt [72]). Wer bey dem census luſtralis mit ſeiner Hausrechnung nicht beſtand, entgieng der notae cenſoriae nicht [73]). Die Folgen dieſes Inſtituts für das Privatrecht waren ſehr wichtig. Denn die tabulae ſicherten den Beweis von rechtli-

fidem et religionem amplectuntur: haec ſunt dejecta, illae in ordinem confectae.

72) Vergl. *Io. God.* RICHTER lib. de tabulariis urbis Romae. *Lipſiae 1736.* Cap. 2.

73) CICERO *in Verrem* Lib. I. cap. 23. Nur der filiusfamilias, ſelbſt wenn er ein peculium gehabt hätte, hatte keine tabulae aufzuſtellen. CICERO *pro M. Coelio* cap. 7. ſagt: Tabulas, *qui in patris poteſtate eſt*, nullus confecit.

chen Verhältniſſen und Geſchäften [74]). Ihr Inhalt erhielt eine gerichtliche Glaubwürdigkeit, auf welche die Adverſaria keinen Anſpruch hatten [75]). Sie mußten ja bey jedesmaliger Schatzung beſchworen werden [76]); und enthielten daher, wie Cicero ſich ausdrückt, perpetuae exiſtimationis ſidem et religionem. Hieraus erklärt ſich nun auch die urſprüngliche Form des veralteten contractus nominum. Der Gläubiger zeichnete den Vorſchuß, welchen er ſeinem Mitbürger an Geld oder anderen Sachen geleiſtet hatte, in ſeine tabulae auf den Namen des Schuldners, als ein expenſum, ein; der Schuldner erkannte ihn dagegen in ſeinen tabulis auf den Namen des Gläubigers, als ein acceptum, an. Indem nun ein Theil in ſeiner auf Pflicht und Gewiſſen geführten häuslichen Rechnung den andern ſchriftlich als Schuldner erkannte, der andere aber in gleichem Augenblick in ſeiner eben ſo pflichtmäßig geführten häuslichen Rechnung ſich ſchriftlich zum Schuldner bekannte, war der *contractus nominis* geſchloſſen; und dieſe Art zu creditiren

hieß

74) Cicero rühmt deren Nutzen ſelbſt in *Orat. pro Cluentio* c. 30. wenn er ſagt: Confecit Cluentius tabulas diligentiſſime. *Haec autem res habet hoc certe, ut nihil poſſit neque additum, neque detractum de re familiari latere.*

75) CICERO *pro Roſcio Comoedo cap. 3.* Adverſaria in iudicium protulit nemo; *codicem protulit; tabulas recitavit.* Tu, C. Piſo, tali fide, virtute, gravitate, auctoritate ornatus, ex adverſariis pecuniam petere non auderes.

76) DIONYS. HALICARNASS. *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. p. 221. *Car.* SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. c. 14. *Onuphr.* PANVINIUS de civitate Rom. cap. 52. *Iuſt.* LIPSIUS de magiſtrat. Rom. cap. 18. und ENDRES in Diſſ. cit. §. 8. pag. 24.

hieß *Expenſilatio* [77]). Klagte nun der Gläubiger aus einem ſolchen Contract, ſo begründete und beurkundete er die Klage zugleich durch Darlegung ſeines codex accepti et expenſi. Seine in ſeiner eigenen Sache verfertigte Urkunde würde freylich nichts bewieſen haben, wenn der Gegner ſeine tabulae ebenfalls aufgelegt, und das Stillſchweigen derſelben über den behaupteten Contract nachgewieſen hätte [78]). Allein dann hatte auch der eine oder der andere Theil ſich eines infamirenden dolus ſchuldig gemacht, und bürgerliche Schande war ſeine Strafe [79]). Die Uebereinſtimmung der gegen einander gehaltenen tabulae der Contrahenten, worauf ſich das *expenſum ferre alicui*, und das *acceptum referre* bezog, machte alſo bey dieſem Contract die cauſa civilis aus, wodurch die *obligatio litterarum* urſprünglich erzeugt wurde [80]). In der Folge gab es

77) CICERO *pro Roſcio Comoedo* cap. 5. und GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. Vergleiche hier vorzüglich von Almendingen über die rationes domeſticae der Römer; in Grolmans Magazin für die Philoſophie und Geſchichte des Rechts und der Geſetzgebung. 2. Band S. 178. ff.

78) CICERO *pro Roſc. Comoedo cap. 1.* Quodſi ille (*Fannius*) ſuas proferet tabulas, proferet ſuas quoque *Roſcius*. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in huius non erit. Cur potius illius, quam huius credetur? Scripſiſſet ille, ſi non iuſſu huius expenſum tuliſſet? non ſcripſiſſet hic, quod ſibi expenſum ferri iuſſiſſet?

79) CICERO *c. l.* Quemadmodum turpe eſt ſcribere, quod non debeatur: ſic improbum eſt, non referre, quod debeas. Aeque enim tabulae condemnantur eius, qui verum non retulit: et eius, qui falſum perſcripſit.

80) Anderer Meinung iſt zwar MADIHN in Diſſ. de vera indole litterar. obligationis §. 4. auch MAASSEN läugnet in Diſſ. de con-

es zwar keine rationes domeſticae mehr. Sie hörten auf, nachdem keine Comitien mehr gehalten wurden. Denn nun fiel das öffentliche Intereſſe weg, welches den römiſchen Bürger zur Zeit des Freyſtaats an die genaue Führung ſeiner rationum domeſticarum feſſelte. Das Privatintereſſe hingegen mußte den größten Theil der Nation zur ſtillſchweigenden Aufhebung dieſes Inſtituts beſtimmen, weil dieſe nämlichen tabulae oft der Verräther von Familiengeheimniſſen waren; ihrem Eigenthümer die nota cenſoria zuziehen konnten; ja ſelbſt bey Anklagen häufiger Be-

contractus litt. natura. §. 3. daß aus der alten Expenſilation eine litterarum obligatio hergeleitet werden könne, weil nicht die Scriptur, ſondern die Numeration die cauſa civilis des contractus nominum geweſen ſey, und der codex expenſi et accepti blos zum Beweis gedient habe. Allein man irrt ſich, wenn man die in dem codex expenſi et accepti aufgewieſene mit dem acceptum relatum des Schuldners nothwendig verbundene Expenſilation für den bloßen Beweis des contractus nominum halten will. Es fällt hier, wie bey unſern Wechſelgeſchäft, die Urkunde mit dem Beurkundeten zuſammen. Die Expenſilation, ſo wie ſie aus den tabulis des Gläubigers und des Schuldners hervorgieng, war nichts anders, als der Contract ſelbſt, der in und mit der Urkunde exiſtirte. CICERO *in Orat. pro Roſc. Comoedo* cap. 5. unterſcheidet genau zwiſchen *numeratio*, und *expenſilatio*, und legt der letzten gleiche Wirkung mit der Stipulation bey. Iam duae partes cauſae ſunt confectae: *adnumeraſſe* ſeſe negat: *expenſum tuliſſe* non dicit, *cum tabulas non recitat.* Reliquum eſt, ut *ſtipulatum* ſe eſſe dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere poſſit, non reperio. — *Pecunia petita eſt certa.* — Haec pecunia neceſſe eſt aut *data*, aut *expenſa lata*, aut *ſtipulata* ſit. S. von Almendingen a. a. O. des Magazins 2. B. S. 216. Not. 60.

Beweiſe der Schuld, als der Unſchuld lieferten [81]). Daß dem wirklich ſo ſey, ſagt uns ſehr beſtimmt der unverwerfliche Zeuge Asconius Pädianus [82]). Deswegen lebte aber der contractus nominum doch noch in andern Formen fort. Denn die Form dieſes Contracts war nicht nothwendig an die codices accepti et expenſi des Gläubigers und des Schuldners gebunden. Der Contract konnte in einer eben ſo rechtsgültigen Form in den tabulis eines andern, oder mehrerer anderer, die man, um recht ſicher zu gehen, als Zeugen hinzuzog, oder in dem codex gemeinſchaftlicher Freunde, oder eines oder mehrerer Unterhändler (pararii), durch welche das ganze Geſchäft zu Stande gekommen war, vorhanden ſeyn [83]). Mochten nun auch im-

81) Wie wichtig das Inſtitut der tabulae accepti et expenſi bey Criminaluntersuchungen geweſen ſey, hat H. von Almendingen a. a. O. S. 183. ff. vortreflich ausgeführt.

82) Ad *Ciceronem in Verrem Lib. I. cap.* 23. Moris fuit, unumquemque domeſticam rationem ſibi totius vitae ſuae per dies ſingulos ſcribere, ex quo appareret, quid quisque de reditibus ſuis, quid de arte, foenore, lucrove ſepoſuiſſet quoque die, et quid item ſumtus damnive feciſſet. *Sed poſtquam obſignandis litteris reorum ex ſuis quisque tabulis damnari coepit, ad noſtram memoriam tota haec vetus conſuetudo ceſſavit.*

83) SENECA *de Benefic. Lib. III. cap.* 15. Adhibentur ex utraque parte teſtes. *Ille per tabulas plurium nomina, interpoſitis parariis, facit.* O turpem humano generi fraudis ac nequitiae publicae confeſſionem! Man ſieht aus dieſer Aeußerung des Philoſophen, daß die Partheyen auch durch wechſelſeitiges Mißtrauen zu der Uebereinkunft beſtimmt werden konnten, das Geſchäft durch fremde tabulas beurkunden zu laſſen. Hierher gehört auch die Stelle des CICERO *ad Atticum Lib. IV. Ep.* 17. Haec pactio non verbis, *ſed nominibus et perſcriptionibus multorum*

immerhin die Contrahenten keine eignen tabulae mehr führen, und aus dieſen tabulis keinen contractus nominis mehr klagbar machen können, ſo halfen ſie ſich durch fremde tabulae. In der That hatte auch hier der Kläger weniger zu beſorgen, als wenn der Contract aus eignen tabulis producirt wurde. Denn durch ſeine tabulae und durch die in dieſen befindliche Expenſilation konnte er nichts beweiſen, wenn das auf dieſe Expenſilation ſich beziehende acceptum relatum in den tabulis des Schuldners fehlte [84]). Legte er dagegen die Tabulae eines Dritten auf, ſo mußte erſt dieſer Dritte als erkaufter Betrüger überwieſen ſeyn, wenn der Beklagte deswegen hätte freygeſprochen werden ſollen, weil ſich in ſeinen tabulis das acceptum relatum nicht vorfand [85]). Zuweilen ließ man auch noch zu mehrerer Sicherheit die tabulae ſowohl von dem Schuldner als von den Zeugen unterzeichnen und beſiegeln [86]). Durch die

torum tabulis cum eſſe facta diceretur, prolata a Memmio eſt. Auf dieſe Sitte zielt SENECA noch an einem andern Orte, wenn er *de Benef.* Lib. II. c. 13. ſagt: Quidam nolunt *nomina ſecum fieri*, nec *interponi pararios*, nec *ſignatores advocari*, nec chirographum dare.

84) CICERO *pro Roſcio Comoedo* cap. 2. ſagt in dieſer Hinſicht: *Suum codicem teſtis loco recitare, arrogantiae eſt.*

85) CICERO *pro Roſc. Comoedo* cap. I. Solent fere dicere, qui *per tabulas hominis acciti* (ſo iſt nach Grävius, ſtatt der gemeinen Leſeart *hominis citi* zu leſen, von acciere, hinzurufen, hinzuziehen, andere leſen *hominis alieni*, andere *honeſti*) pecuniam expenſam tulerunt: *Egone talem virum corrumpere potui, ut mea cauſa falſa in codicem referret?*

86) CICERO ſpielt hierauf an, wenn er *Tuſculanar. Disputat.* Lib. V. cap. 11. ſagt: Tu quidem *tabulis obſignatis* agis mecum.

Meh=

die rationes publicae der Argentarien wurden jedoch alle dieſe Weitläuftigkeiten und Cautelen entbehrlich. In dieſen dauerte der contractus nominis fort, wenn er ſchon in ſeiner urſprünglichen Form mit den rationibus domeſticis verſchwunden war [87]). Die Argentarien waren nämlich diejenigen Perſonen, welche die Banken der Römer hielten [88]). Sie kommen ſchon im ſechsten Jahrhundert vor [89]), und hatten ihren Namen daher, weil ihr Hauptgeſchäft auf Einnahme und Auszahlung von baarem Gelde gieng [90]). Man nannte ſie auch vom Halten der Bank (exercitium menſae) *Menſularii* oder *Menſarii*, *Menſae exercitores* [91]), und weil ſie ſich auf das Schätzen und Prüfen der verſchiedenen Münzſorten verſtanden, und die Münzen gegen Agio umſetzten, *Nummularii* und *Collybistae*

Mehrere Stellen führt HOTOMAN in Commentar. ad Tit. Inſtit. de litterarum obligat. pag. 352. an, und zieht daraus die richtige Folge, *tum demum obligationis nominum vim fuiſſe vel maximam, cum a reo tabulae obſignarentur.* Man ſehe auch ENDRES Diſſ. cit. de litterarum obligatione §. 10.

87) S. Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. und von Almendingen in dem Grolmanſchen Magazin 2. Band S. 217. ff.

88) Man vergleiche hier vorzüglich *Herm.* HUBERT Diſp. I. et II. de argentariis veterum. *Trajecti ad Rhen. 1739 et 1740.* (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. 1. et 2.) und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien, in Grolmans Magazin 1. Band S. 319. ff.

89) POLYBIUS Lib. XXXII. c. 13.

90) BRISSONIUS de Verb. Sign. h. v.

91) *L. 47. §. 1. D. de pact. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poſſid.* SUETON *in Aug.* c. 4. *L. 4. D. de edendo.*

biſtae [92]). Dieſe Argentarien ſtanden unter einer beſondern Aufſicht des Staats [93]). Ihr Geſchäft war daher ein öffentliches Geſchäft, bey deſſen richtiger Verwaltung das ganze Publikum intereſſirt war [94]). Ihnen vertraute der Kapitaliſt ſein Geld an, und ſie ſorgten für die Unterbringung deſſelben. An ſie wandte ſich der Geldbedürftige, und ſie verſchaften ihm unter billigen Bedingungen ein Darlehn. Durch ihre Darzwiſchenkunft konnte der Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unſichern Schuldnern aufnehmen zu müſſen, gedeckt, und der hülfsbedürftige Schuldner gegen die, ſich jeden Bedingungen des Gläubigers unterwerffen zu müſſen, geſichert werden. Sie muſten aber über alle ihre Geſchäfte ein genaues Verzeichniß führen, und darüber genaue Rechenſchaft ablegen [95]). Dazu hielten ſie ihre Bücher, (codices rationum) worin jeder Empfang, jede Ausgabe nach Tag und Datum verzeichnet war [96]). Durch die Strenge der Polizeyaufſicht, und durch die Genauigkeit, mit welcher dieſe Bücher geführt wurden, erhoben

92) *Collybiſtae* ſagt ZONARAS bey CUJACIUS Lib. X. Obſ. 14. ſunt, qui minuta numismata vendunt vel nummos. COLLYBUS enim Graecis *minutum numisma*, quod Romanis *nummus* vocatur.

93) *L. 1. §. 9. D. de officio praef. urbi.* Curare debet Praefectus urbi, et *nummularii* probe ſe agant circa omne negotium ſuum: et temperent his, quae ſunt prohibita.

94) *L. 10. §. 1. D. de edendo.* Officium argentariorum et miniſterium eorum *publicam habet cauſam.*

95) *L. cit. 10. §. 1.* ſagt: Haec principalis eorum opera eſt, *ut actus ſui rationes diligenter conficiant.*

96) PLINIUS *Hiſtor. natur.* Lib. II. cap. 7. CICERO *pro Caecinna* cap. 6. Se autem habere *argentarii tabulas*, in quibus ſibi expenſa pecunia lata ſit, acceptaque relata.

ben ſie ſich zur Würde öffentlicher Urkunden [97]). Daher mensae ſcriptura den vollgültigſten Beweis gab [98]). Jedes von einem Argentarius geführte Geſchäft, wenn es im codex rationum eingetragen, und jedem Intereſſenten eine Abſchrift davon zugeſtellt worden, ward dadurch zum negotium ſtricti iuris, und es mußte dabey ſein Bewenden haben, wenn auch ſonſt kein Geſchäft bewieſen werden konnte. Hierdurch ward nun auch die obligatio nominum contrahirt. Der Litteralcontract war alſo jetzt nichts anders, als ein durch Dazwiſchenkunft des argentarius ſchriftlich geſchloſſenes, im codex rationum eingetragenes Geſchäft, zu deſſen Beglaubigung jedem Theile eine Abſchrift zugeſtellet worden [99]).

Der Argentarius erſcheint hier nicht als bloßer Unterhändler. Er war ſelbſt bey dem Geſchäft ein weſentlicher Theilnehmer. Er contrahirte mit dem Schuldner; ihm ward die Bezahlung verſprochen. An ihn hielt ſich aber auch der Kapitaliſt, der ſein Vermögen der Bank anvertrauet hatte. Er ſchloß alſo, als Repräſentant beyder Theile, den contractus nominis auf gewiſſe Art mit ſich ſelbſt ab [100]). Seine Dazwiſchenkunft wirkte Bündigkeit und Gewißheit. Das Argentariat dauert bis auf Juſtinians

97) *L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poſſid.* Qui pecunias apud menſam, *fidem publicam ſecuti*, depoſuerunt.

98) *L. 27. §. 1. D. de furtis.*

99) S. von Almendingen in Grolmans Magazin 1. Band S. 324. ff. u. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts §. 172. der zweyten Auflage.

100) S. v. Almendingen in Grolmans Magazin 2. Bd. S. 325. und 2. Band S. 217. u. 218.

nians Zeiten, und noch ſpäterhin fort. **Juſtinian**, von dem großen Nutzen dieſer Anſtalt überzeugt, widmete ihm eigene Novellen und Edicte[1]), worin er vieles zum Faveur der Argentarien verordnete, weil er ſie *propter ingens ſtudium, quod argentarii in communes contractus* (περὶ τὰ κοινὰ συμβόλαια) *collocant*, wie es *Nov.* 136. *cap.* 1. heißt, einer ſolchen Begünſtigung vorzüglich würdig hielt[2]). Allein gerade daraus haben manche[3]) einen Beweis hernehmen wollen, daß der contractus nominum mit dem Argentariat in keiner Verbindung geſtanden habe, weil ſonſt **Juſtinian** in ſeinen Inſtitutionen nicht hätte ſagen können, daß dieſer Contract zu ſeinen Zeiten außer Gebrauch gekommen ſey. Wie wenig aber dieſes Argument beweiſe, hat ſchon **Gundling**[4]) gezeigt. Daß **Juſtinian** von demjenigen Litteralcontract, welcher per ſcripturam menſae geſchloſſen wurde, gar nicht rede, lehrt ja **Theophilus**, gewiß der beſte Ausleger **Juſtinians**, in ſeiner Paraphraſe deutlich genug. Unverkennbar zielt hingegen **Paulus** auf die ſcriptura menſae, wenn er *L.* 38. *D. de obligat. et act.* ſagt: Non figura litterarum, ſed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod ſcriptura, quam quod vocibus lingua figuratis ſigni-

1) *Nov. 136. et Edict. 7. et 9.*

2) Von den beſondern Rechten und Privilegien der Argentarien handelt vorzüglich HUBERT Diſſ. II. de argentariis veterum Cap. 2. in OELRICHS *Theſ. Diſſertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. p. 120. ſq.

3) SALMASIUS de Uſuris. Cap. VI. pag. 145. (edit. *Lugd. Batavor. 1638. 8.*) MAASSEN in Specim. de contractus litteralis natura. §. 2. u. a.

4) Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. S. 432. ff.

ſignificaretur. Denn Paulus handelt *Libro III. ad Edictum*, woraus dieſes Fragment genommen iſt, von dem Edict des Prätors de edendo, wodurch er den Argentarien die Verbindlichkeit zur Edition ihrer Bücher und Rechnungen auflegt, und jedem dabey intereſſirten Theil das Recht giebt, dieſelbe zu verlangen, wie aus *L.* 2. *L.* 5. und *L.* 7. *D. de edendo* erhellet, welche, wie Emund Merillius[5]) ganz richtig bemerkt, mit jener *L.* 38. *D. de obligat. et act.* zu verbinden ſind. Wie wenig Juſtinian, wenn er in dem oben angeführten Titel ſeiner Inſtitutionen *de litterarum obligationibus* von einer zu ſeinen Zeiten veralteten obligatio nominum ſpricht, diejenige gemeint haben könne, welche durch Darzwiſchenkunſt eines Argentarius geſchieht, erhellet daraus, weil er in der *Nov.* 136. *cap.* 5. *et* 6. verordnet, daß dem Argentarius keine exceptio non numeratae pecuniae entgegengeſetzt werden ſolle. Konnte er denn auf eine eclatantere Art erklären, daß die ſcriptura menſae ein wahrer und noch jetzt gültiger Litteralcontract ſey[6])? Es kann alſo wohl der zu Juſtinians Zeiten zu einer Antiquität herabgeſunkene contractus nominum kein anderer geweſen ſeyn, als den Theophilus beſchreibt, und welcher ſich ohne Zweifel aus der alten obligatio litterarum gebildet hatte, die zu Ciceros Zeiten galt. Schon hundert Jahre ſpäter konnte dieſer Contract nicht mehr in der Geſtalt geſchloſſen werden, in

5) Commentar. ad Inſtitut. Tit. de litterar. obligat. pag. 362. (edit. *Trotz.* Trajecti *ad Rhen.* 1739.) Man vergleiche auch *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 2. Inſtitut. de obligat. pag. 399.

6) S. *Iac.* CUJACII Expoſit. Nov. 136. und ENDRES Diſſ. cit. de litterarum obligatione. §. 5.

in welcher er bey Cicero erſcheint. Denn jetzt gab es keine rationes domeſticae mehr. Aber darum lebte der Contract doch noch ſowohl in den Rechnungen der Argentarien, als in einer andern Form fort. Denn die Form des contractus nominis war, wie bereits oben bemerkt worden, nicht nothwendig an die codices accepti et expenſi des Gläubigers und des Schuldners gebunden, ſo genau er auch urſprünglich, wie es ſcheint, damit zuſammenhing. Die Kaiſer Arcadius, Honorius und Theodoſius[7]) geben uns einen wichtigen Beweis, wie gewöhnlich es zu ihren Zeiten geweſen ſeyn müſſe, eine Schuld, ſie mochte aus einem Darlehn oder aus irgend einem andern Contract herrühren, mittelſt eines ſchriftlichen Aufſatzes in eine obligatio litterarum zu verwandeln, wenn ſie ſagen: Si quis *debiti, quod ex foenore, vel mutuo data pecunia ſumſit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum eſt*, ſeu fideicommiſſi dirigat actionem, — ruptis denunciationum ambagibus, inter ipſa cognitionum auſpicia rationem exprimere, ac ſuas allegationes iubeatur proponere. Ein ſolcher ſchriftlicher Aufſatz, welcher die feyerliche Anerkennung der Schuld enthielt, hieß *Syngrapha*, weil er, wie Asconius Pädianus[8]) ſagt, von beyden Theilen, dem Schuldner und Gläubiger, unterſchrieben wurde, auch jeder Theil ein Exemplar erhielt. Daß man ſich dabey

7) *L. 6. Cod. Theod. de denunc. et edit. reſcripti.*

8) *Ad Ciceronem in Verrem Lib. I. cap. 36.* bey GRAEVIUS Oration. Ciceron. Tom. I. P. I. p. 494. Caeterae tabulae ab una parte ſervari ſolent, *ſyngraphae, ſignatae utriusque manu, utrique parti ſervandae traduntur.*

bey einer, der Stipulation ähnlichen, Formel bedient habe, welche dem ſchriftlichen Aufſatz einverleibt wurde, lehrt Theophilus. Es erhellet dies auch aus dem Beyſpiel einer ſolchen Schuldverſchreibung, welche Paulus [9]) anführt. Daher wurde auch die aus dem Geſchäft entſpringende Klage *actio ex chirographo ex ſtipulatu* [10]) genennt. Aus einer ſolchen cautio entſtand nun eine ſo ſtrenge Verbindlichkeit, daß der Gläubiger daraus klagen, und gewinnen konnte, wenn gleich der Ausſteller derſelben kein Geld erhalten hatte, wie Asconius [11]) uns ebenfalls ganz beſtimmt ſagt. Noch verdient hier eine Stelle aus den Fragmenten des Cajus einen Platz. Sie unterſtützt die Lehre des Theophilus, und beweißt, daß die litterarum obligatio eben ſo, wie die Stipulation, das gemeine Mittel

9) *L. 40. D. de reb. credit.* Lecta eſt in auditorio *Aemilii Papiniani*, Praefecti praetorio, ICti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius ſcripſi, me accepiſſe a Publio Maevio quindecim mutua, numerata mihi de domo: et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris ſtipulatus eſt P. Maevius, ſpopondi ego Lucius Titius.* Man vergleiche über dieſe Stelle *Corn. van* BYNKERSHOEK ad L. Lecta 40 Dig. de reb. credit. Liber ſing. *Lugduni Batav. 1699. 8.*

10) *L. 17. pr. D. de doli mali et met. except.*

11) Cit. loc. In *ſyngraphis* etiam contra fidem veritatis pactio venit, *et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum ſcribi ſolent more inſtitutoque Graecorum.* Der Prätor gab jedoch der Billigkeit wegen die exceptio doli mali, wenn der Beklagte beweiſen konnte, daß er kein Geld erhalten habe. *§. 2. I. de exceptionib. L. 2. §. 3. L. 4. §. 16. D. de doli mali et met. except.* S. *Ev.* OTTO Comment. ad Tit. Inſtitut. de litt. obligat. nr. 7. et 8. und HUBERT Diſſ. II. de argentariis veter. Cap. V. §. 2.

geweſen ſey, Verbindlichkeiten durch Novation zu begründen und zu bekräftigen. So wie wir ſie jetzt aus Anians Ueberbleibſeln haben, ſcheint ſie freylich ſehr interpolirt zu ſeyn, Theophilus aber hat ſie gewiß noch unverfälſcht benutzt. Sie iſt aus des Cajus Inſtitutionen Lib. II. Tit. 9. §. 12. wo ſie uns Anian bey Schulting [12]) auf folgende Art hinterlaſſen hat: *Litteris obligatio* fit, aut a re in perſonam, aut a perſona in perſonam. *A re in perſonam*, veluti ſi id, quod ex emtione aut conductione, aut ſocietate debes, alii reddas. *A perſona in perſonam*, velut ſi id, quod mihi alter debet, alteri perſonae delegem, ut reddere debeat. Ich übergehe die bey dieſer Stelle verſuchten Emendationen eines Oiſelius und Schultings [13]). Schimmert die Wahrheit auch gleich nur durch einen Nebel, ſo bleibt doch immer dieſe Stelle zur Vertheidigung des Theophilus ein ſchätzbares Fragment. Aus dem allen läßt ſich nun begreifen, warum aus einer bloßen Handſchrift nicht geklagt werden konnte, welche die Form einer litterarum obligatio nicht hatte, ſondern dem Kläger immer der Beweis der Numeration zur Laſt fiel, wenn der Beklagte die exceptio non numeratae pecuniae entgegenſetzte. Wir lernen aber auch hier die Gründe kennen, warum es nöthig war, dieſer Exception in einen beſtimmten Zeitraum einzuſchränken, und wie der neue Litteralcontract ſich ſchon vor Juſtinian bildete, wodurch die nominum obligatio, die durch eine ſchriftliche Förmlichkeit errichtet wurde, zur Antiquität herabſank. So billig es nämlich auf der einen Seite ſchien, für bedrängte Schuldner

12) In Iurisprud. antejuſtin. pag. 160. ſqq.

13) Cit. loc. pag. 161. et 163.

ner zu ſorgen, die vielleicht oft aus Noth ſich bewegen lieſſen, einen Schuldſchein auszuſtellen, ohne noch deſſen Gegenſtand wirklich erhalten zu haben, und ſo gerecht in dieſer Hinſicht das Rechtsmittel der exceptio non numeratae pecuniae war; ſo ungerecht hätte die Geſetzgebung auf der andern Seite gegen den Gläubiger gehandelt, der das Geld wirklich gezahlt hatte, wenn er nun noch erſt nach Jahren, wo er die Schuld zurückverlangt, ſich einer Beweisführung hätte unterziehen ſollen, wozu die Mittel, die früher zur Unterſtützung ſeiner Forderung dienen konnten, ihm nun vielleicht nicht mehr offen ſtehen. Um alſo einem ſolchen Gläubiger nicht auch das letzte noch abzuſchneiden, was vielleicht einzig ihm bisher zur Sicherheit übrig blieb, beſtimmten die neuern Geſetze peremtoriſch einen Zeitraum, nach deſſen Ablauf die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr Statt haben, ſondern der Schuldner zur Bezahlung des Geldes ſollte verurtheilt werden können, deſſen Empfang er ſchriftlich bekannt hätte. Ich muß mich hier abermals auf den Theophilus berufen. Denn niemand hat die Gründe dieſes neuen Litteralcontracts ſo vollſtändig dargelegt, als dieſer griechiſche Paraphraſt. Er fährt nämlich, nachdem er ſeine Idee von dem veralteten Litteralcontract niedergelegt hatte, auf folgende Art in ſeiner Belehrung fort.

Σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔςιν ἐν χρήσει· ἔςι δὲ εὑρεῖν, εἴ τις ἀκριβέςερον κατανοήσει, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν litteris ἐνοχὴν καθ᾽ ἕτερον σχῆμα. Εἰ γάρ τις βȣλόμενος δανείσασθαι παρ᾽ ἐμȣ̃ διαλεχθῇ μοι περὶ τούτȣ, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτὸν ποιῆσαί μοι γραμματεῖον, καὶ δὴ καθ᾽ ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι

 Εδα-

Εδανεισάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε, καὶ ταῦτα ἐποφείλω· ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη, ἤγȣν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηςος ἦν, διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος. Ἐνταῦθα χρόνȣ παραδραμόντος πολλȣ̃ ζητεῖται, εἰ δυνατὸν ἐνάγεσθαι τὸν τὸ εἰρημένον ἐκθέμενον γραμματεῖον; καὶ λέγομεν ὅτι ȣ̓δὲ ἀπὸ τῆς re δυνατὸν ἐναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον, οὐ γάρ γέγονεν ἀπαρίθμησις, ȣ̓δὲ ἀπὸ τῆς verbis, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, ἢ αὐτὸ τοῦτο ȣ̓δὲ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις· λείπεται ȣ̃ν ἀπὸ μόνων τῶν γραμμάτων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι. καὶ ἰδοὺ, ποτὲ καὶ σήμερον γίνεταί τις ἔνοχος τῇ litteris.

Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς τὴν πενταετίαν περιεστήκει· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν, τȣτέςι τὴν non numeratae pecuniae, καὶ λέγειν τῷ δανειςῇ, Δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας· τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἴρηται διατάξεσιν. Ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς κρεδίτωρσιν, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἵνα μὴ πολλοῦ παραδραμόντος χρόνȣ, τȣτέςι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ κρεδίτωρες ἀπαιτȣ́μενοι ἀποδεικνύειν, ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐςι, διὰ τὸ μῆκος τȣ̃ παρελθόντος χρόνȣ εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτοιειν, καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων ςεροῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν, ἥτις τὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέςησεν· ὥστε ȣ̃ν ἔισω τȣ́τȣ τȣ̃ χρόνȣ καλῶς ἡ τοιαύτη ἀντιτεθήσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ τὴν διετίαν ȣ̓δὲ ὅλως.

Das heißt nach der Reitziſchen Ueberſetzung:

Sed haec hodie non ſunt in uſu. Invenire tamen licet, ſi quis curatius conſideret, et hodie litterarum obligationem uſurpari ſub alia forma. Nam ſi quis a me mutuari cupiens,

piens, ea de re mihi locutus ſit, egoque ei conceſſerim, ut mihi cautionem ſcriberet; atque is ſolus me non praeſente cautionem ſcripſerit, in qua dicat: Ego mutuatus ſum hodierno die ab illo, eaque debeo; ſed ſtipulatio non inſerta ſit, aut inſerta etiam inutilis ſit, quia huiusmodi inſtrumentum factum eſt non praeſente creditore. Hinc multo elapſo tempore quaeritur, an conveniri poſſit, qui dictam cautionem emiſit; et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc perſonam conveniri poſſe, neque enim numeratio facta eſt; neque ex verborum obligatione, quoniam non praeſentibus ambabus partibus ſtipulatio facta eſt, aut nec ulla omnino facta eſt ſtipulatio. Reſtat igitur, ex ſolis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.

Multum autem tempus olim quidem intra quinquennium conſtitit: nam poſt hoc tempus non licebat opponere exceptionem non acceptae, id eſt, non numeratae pecuniae, et dicere creditori: Proba te numeraſſe: hoc enim multis Imperatorum conſtitutionibus cautum eſt. Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noſter, ut ne multo elapſo tempore, id eſt, triennio aut quadriennio, creditores poſt tantum temporis probare iuſſi, haec eſſe vera, propter longitudinem elapſi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque exinde pecuniis ſuis ſpoliarentur, conſtitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium concluſit. Itaque intra hoc tempus huiusmodi exceptio recte opponetur: poſt biennium autem nequaquam.

Einen fernern Beweis, daß unſere Anſicht des neuen Litteralcontracts dem Römiſchen Recht vollkommen gemäß ſey, giebt eine ſchon ältere Verordnung des Krs Severus

 L. 8.

L. 8. Cod. de non. num. pecunia woraus zugleich erhellet, daß der neue Litteralcontract ſchon vor Juſtinian bekannt war. Es heißt nämlich in dieſer L. 8. cit.

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, nulla querimonia uſus, defunctus eſt; reſiduum tempus eius heres habebit, tam adverſus creditorem, quam adverſus eius heredem. — Sin vero legitimum tempus exceſſit, — *omnimodo heres eius, etiamſi pupillus ſit, debitum ſolvere compellitur.*

Wenn ich nun noch zum Ueberfluß die deutliche Stelle des § 2. *I. de obligat.* hinzufüge, wo Juſtinian ſagt, daß die Contracte nach ihrer cauſa von viererley Art ſind.

Obligationes aut *re* contrahuntur, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *conſenſu*;

ſo muß man ſich wirklich wundern, daß es dennoch ſo viele Rechtsgelehrten [14]) giebt, welche ſich einbilden, daß das

14) Man vergleiche *Sam. Frid.* WILLENBERG Selecta iurisprud. civilis (*Gedani 1728. 4.*) P. II. Exercit. 32. *Io. Gottl.* LANGSDORF Tractat. de pactis et contractib. Romanor. (*Manhemii 1777. 4.*) Cap. 8. §. 117. ſqq. Dr. Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecun. 5. Kap. und Deſſelben Leichenrede auf den ſogenannten jüngern oder Juſtinianiſchen Litteralcontract, (in deſſelben juriſt. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. 2. u. 3. Aufſatz.) Sigm. Lehry Erörterung der Rechtsfrage, ob der Schuldner, der einen Schuldſchein ausgeſtellet hat, ohne das Geld empfangen zu haben, nach dem Verlaufe zweyer Jahre noch die ordentliche Einrede habe, daß ihm das Geld nicht ſey aufgezählt worden. Freiburg im Breisgau 1788. 8. (S. Hartlebens allgemeine Bibliothek der neueſten juriſt. Litteratur 3. Bandes 1. Stück.

das Juſtinianeiſche Recht keinen wahren Litteralcontract kenne, ſondern der gewöhnlich angenommene nach Form und Inhalt ein von den Auslegern lediglich erdachtes Unding ſey. Befolgen wir freylich blos die Natur der Sache, gehen wir von dem Grundſatz aus, jeder Contract erfordere ein wechſelſeitiges Einverſtändniß in eine von beyden Theilen beſtimmte Obligation, woran es doch offenbar fehlt, wenn die Handſchrift blos in der Hoffnung ausgeſtellt worden, den Gegenſtand derſelben zu empfangen, dieſer aber nicht erfolgt iſt; erwägen wir ferner, daß es gewiß ſonderbar genug klingen würde, wenn der Kläger ſagen wollte, er klage, ungeachtet er nicht wirklich ein Darlehn gegeben habe, blos weil ſich der Beklagte einmal ſchriftlich zu dem Empfang deſſelben bekannt habe, und ſo nachläſſig geweſen ſey, die Handſchrift vor dem Ablauf zweyer Jahre zurückzufordern; bedenken wir überdem, daß hier bey ein und eben derſelben Handſchrift zwey von allen Regeln des Beweiſes abweichende Extreme angenommen werden, nämlich daß ſie vor dem Ablauf des geſetzlichen Termins gar nichts beweiſen, und nach dem Ablauf deſſelben eine allen Gegenbeweis ausſchließende Beweiskraft haben ſoll, da es doch weit natürlicher zu ſeyn ſcheint, wenn man annimmt, daß wenn nach Ablauf des geſetzlichen Termins das ſingu-

1. Stück. S. 192. ff.) Brauns Abhandl. ob es eine blos eingebildete Billigkeit ſey, wenn die Rechtsgelehrten dem Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes hören, und mit dem Beweiſe zulaſſen? in den Erlangiſchen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 4. und Chriſt. Heinr. Köchy Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. Band Nr. 13. S. 151. ff.

guläre Recht wegfällt, welches bey der exceptio N. N. P. dem Kläger, des in Händen habenden ſchriftlichen Eingeſtändniſſes ſeines Gegners ungeachtet, die Beweislaſt aufbürdet, nun das ordinäre Recht wieder eintreten müſſe, nach welchem auch gegen ſchriftliche Eingeſtändniſſe wenigſtens ein Beweis durch klare Documente, und unverwerfliche Zeugen zugelaſſen wird [15]); fügt man endlich noch die Betrachtung hinzu, daß es ſchwer zu erklären ſey, wie ein Darlehn, daß nicht gegeben iſt, nach einem Zeitverlauf von zwey Jahren in eine neue Art von Contract, in einen Litteralcontract übergehen könne; ſo darf man ſich wohl freylich nicht mehr wundern, wenn ſoviele Rechtsgelehrten keinen Litteralcontract annehmen. Er kann auch in dem Syſtem des jetzt geltenden Rechts, wie ich §. 788. zeigen werde, keinen Platz mehr behaupten. Allein deſſen ungeachtet würde man die ſo deutlichen Stellen des Röm. Rechts, welche von der obligatio litterarum ſprechen, mit Gewalt verdrehen müſſen; wenn man behaupten wollte, daß das Syſtem des juſtinianiſchen Rechts keinen Litteralcontract kenne, wie auch **Hugo** [16]) bemerkt, und **Pfeiffer** [17]) gegen **Meurer** ſehr gründlich ausgeführt hat. Er läßt ſich auch in der allgemeinen Bedeutung des Worts contractus, für Verbindlichkeit überhaupt genommen, mit **Weber** [18]) vollkommen rechtfertigen,

15) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun. L. 14. Cod. de contrah. et committenda ſtipulat.*

16) Civiliſtiſches Magazin 1. Band. S. 448. ff.

17) Vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des deutſchen und römiſchen Privatrechts S. 167. ff.

18) Zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 850. Not. 1. S. 902.

gen, indem er alsdann, mit litterarum obligatio ſynonim, die Verbindlichkeit anzeigt, die nach Ablauf der geſetzlichen Zeit von zwey Jahren aus einer Handſchrift entſteht, welche über den Empfang eines Darlehns ausgeſtellt worden iſt, und vermöge welcher der Ausſteller, ſo wie deſſelben Erbe zur Bezahlung condemnirt werden kann, ohne mit einem weitern Gegenbeweis des Nichtempfangs Gehör zu finden. Die Worte in dem §. *un. I. de litt. oblig.* Si quis *debere ſe ſcripſerit*, quod ſibi numeratum non eſt, *de pecunia minime numerata poſt lapſum temporis exceptionem opponere non poteſt.* Sic fit, *ut ſcriptura obligetur*, et *ex ea* naſcatur condictio; und der Satz der *L.* 14. *Cod. de non num. pecun.* biennio elapſo NULLO MODO exceptio non numeratae pecuniae *introduci poteſt*, verbunden mit *L.* 8. *Cod. eodem*: wo es heißt: Sin vero legitimum tempus exceſſit, — OMNINO *heres eius debitum ſolvere compellitur*, laſſen gar keinen Zweifel übrig. Nur einige der vorzüglichſten Gründe, welche man unſerer Anſicht entgegenſetzt, verdienen hier noch eine etwas genauere Beurtheilung, weil man ſie, ſoviel ich weiß, noch nicht hinlänglich widerlegt hat. Den einen glaubt man in der *L.* 1. *Cod. de condict. ob turpem cauſ.* gefunden zu haben, in welcher es heißt:

Si ex cautione tua conveniri coeperis: nullam pecuniam te accepiſſe, ſed ob turpem cauſam et quam fieri prohibitum eſt, interpoſitam cautionem, *ei, qui ſuper ea re cogniturus eſt, probandum eſt; et eo impleto abſolutio ſequetur.*

Man ſchließt hier ſo. Der Excipient ſoll nach dieſem Geſetz beweiſen, daß keine Numeration erfolgt ſey. Ein ſol-

ſolcher Beweis hätte nicht auferlegt werden können, wenn die Exceptio N. N. P. noch Statt gehabt hätte. Mithin war ihr Termin ſchon verfloſſen, weil vorher der Kläger beweiſen müßte. Das Geſetz läßt alſo noch nach Ablauf des geſetzlichen Termins Beweis zu. Allein dieſe Verordnung iſt ja vom Kaiſer Antonin. War denn damals der exceptio N. N. P. ſchon ein gewiſſes Ziel geſetzt? Man ſetzt alſo hier etwas voraus, was noch erſt bewieſen werden müßte. Doch ganz davon abgeſehen, ſo iſt hier eigentlich von der exceptio N. N. P. gar nicht die Rede, ſondern von dem Falle, da eine Summe Geld um eines unerlaubten Zwecks willen verſprochen, und darüber eine Handſchrift ausgeſtellet worden war. Der Ausſteller wird daraus belangt, und ſetzt die exceptio turpis cauſae entgegen, und nur als Folge davon wird die Nichtzahlung des Geldes angeführt. Natürlich muß hier die exceptio turpis cauſae, als wahre Einrede, nicht ſowohl gegen die Exiſtenz des Darlehns, als vielmehr gegen die Gültigkeit des anerkannt eigenhändig ausgeſtellten Schuldſcheins gerichtet, von dem Excipienten bewieſen werden, und ein eintretendes oder erloſchenes Privilegium iſt dabey ganz undenkbar. Die Richtigkeit dieſer Erklärung beſtärken die Baſiliken[19]), in welchen dieſe Verordnung auf folgende Art paraphraſirt iſt:

Επηρωτήθη τὶς φανερὰν ποσότητα ἐπὶ ἀσχρᾷ αἰτίᾳ τȣ͂ λαμβάνοντος. τυχὸν ἐπὶ τῷ τὸν λαμβάνοντα μὴ φονεῦσαι. καὶ ἀπαιτούμενος ἤτησεν ἔχειν τὸ ἀνενόχλητον, καὶ δέδωκεν ἡ διαταξις οὕτως. εἰ ἐκ τῆς σῆς ομολογίας ἄρξη μεθοδεύεσθαι, οὐχὶ ἠριθμήθη δὲ σοι τὰ χρήματα, ἀλλά δἰ αἰσχρὰν αἴτιαν, καί διὰ τȣ͂ τοιούτου ὅπερ γίνεσθαι απηγορεύεται, ἐκτεθῆναι τὴν

19) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Conſtit. 10. pag. 522.

τὴν τοιαύτην ὁμολογίαν παρὰ τῷ μέλλοντι δικάζειν ἀποδείκνυσθαι χρή. καὶ τούτου δειχθέντος, ἄφεσις παρακολουθήσει. i. e. *Quidam promiſerat certam pecuniae quantitatem ob turpem cauſam accipientis, forte ne hominem occideret. Cum autem eo nomine conveniretur, petiit ne inquietaretur: quod ei conſtitutio indulget his verbis. Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam pecuniam tibi numeratam eſſe, ſed ob turpem cauſam, et quam fieri prohibitum eſt, interpoſitam eiusmodi cautionem, ei, qui ſuper ea re cogniturus eſt, probari oportet: et eo probato, abſolutio ſequetur.*

Einen andern Grund, den beſonders Voet[20]) für ganz entſcheidend hält, nimmt man her aus *L. 6. Cod. de compenſat.* wo der Kaiſer Alexander an einen gewiſſen Pollidens auf folgende Art reſcribirt:

Neque ſcriptura, qua cautum eſt accepta, quae negas tradita, obligare te *contra fidem veritatis* potuit: et compenſationis aequitatem iure poſtulas. Non enim prius exſolvi, quae debere te conſtiterit, aequum eſt, quam petitioni mutuae reſponſum fuerit: eo magis, quod ea te perſequi dicis, quae a muliere divortii cauſa amota quereris.

Hier ſoll nun ausdrücklich verordnet ſeyn, daß eine Handſchrift, worin man etwas empfangen zu haben bekannt hat, den Ausſteller nicht verbinden ſolle, wenn er nachher den Empfang läugnet, und den Beweis davon führen kann. Man hätte dieſes Argument noch wichtiger machen können, wenn man es recht zu benutzen gewußt hätte. Denn es iſt hier von einem Empfangſchein über ein Heyraths-

20) Commentar. ad Pand. h. t. §. 33.

rathegut die Rede, welchen der Ehemann ausgeſtellt hatte, und woraus die Frau auf Reſtitution des Heyrathsgutes klagte. Der Mann ſetzte der Klage theils die exceptio non numeratae dotis, theils die Einrede der Compenſation entgegen. Man ſieht dies noch deutlicher aus den Baſiliken[21]), in welchen dieſe Verordnung auf folgende Art erläutert wird.

Ἀπαιτούμενός τις προῖκα παρὰ τῆς ἰδίας γυναικὸς, πρῶτον μὲν ἔλεγεν, ὅτι οὔτε ὑπεδέξατο ταύτην. ἔπειτα δὲ, ὅτι εἰ καὶ ὑπεδέξατο, ἀπεσύλησεν δὲ αὐτῶν τινὰ ἡ γυνὴ, καὶ ἀντετίθει ἀντέλλογον· περὶ ἑκατέρων τοίνυν ἡ διάταξις ἀντιγράφουσα λεγει· ὅτι οὐδὲ τὸ ἔγγραφον ἔνοχον ἠδυνήθησε ποιῆσαι εἰς τὴν οὐχ ὑπεδέξω ποσότητα· ἀλλὰ καὶ ὁ ἀντέλλογος, ὂυ συγχωρεῖ απαιτηθῆναι πρὶν ἢ γένηταί σοι τὸ ἱκανὸν, ἐφ᾽ οἷς λέγεις ἀντιχρεωστεῖσθαι, ἐξ ὧν ἡ γυνὴ, διαζυγίου ἕνεκεν ἀπεσύλησεν. i. e. *Cum uxor dotem a marito repeteret, primum quidem ei obiiciebat, ſe eam non recepiſſe: deinde licet recepiſſe eam concederet, quaedam uxorem amoviſſe contendebat, quorum compenſationem opponebat. Ad utrumque igitur conſtitutio ita reſcribit. Neque ſcriptura in quantitatem, quam non recepiſti, obligare te potuit, ſed et compenſatio petitionem inhibet, priusquam tibi ſatisfactum ſit eorum nomine, quae tibi vice mutua deberi contendis: eo magis, quod ea tibi debere dicis, quae uxor tua divortii cauſa amovit.*

Allein das Argument verliert alles Gewicht, wenn man erwägt, daß zu der Zeit, da dieſes Geſetz gegeben wurde, die exceptio non numeratae dotis noch in keinen beſtimmten Zeitraum eingeſchränkt war, ſondern zu aller

Zeit

21) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Conſtit. 30. pag. 580. ſq.

Zeit mit der Wirkung vorgeſchützt werden konnte, daß der Kläger, welcher auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes klagte, den Beweis der geſchehenen Auszahlung führen mußte, ohne den darüber von dem Ehemann erhaltenen Empfangſchein zum Beweis gebrauchen zu können [22]. Denn man vermuthet, daß der Ehemann den Empfangſchein blos aus Verlangen, deſto eher in den Beſitz der Braut zu kommen, ausgeſtellt habe, ohne das Heyrathsgut wirklich empfangen zu haben. In dieſer Hinſicht ſagen die Kaiſer **Sever** und **Antonin** *L. 1. Cod. de dote cauta non numerata.*

Dotem *numeratio*, non *ſcriptura dotalis inſtrumenti* facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti poſſe, *ſi dotem a te re ipſa datam probatura es.*

Allein **Juſtinian** ſchränkte in ſeiner neuern Geſetzgebung nachher dieſe Exception aus beſonderer Begünſtigung des Brautſchatzes ein, und ſetzte auch ihr eine peremtoriſche Friſt, nach deren Ablauf ſie nicht mehr Statt haben ſoll [23], *tempore querelam tollente, et ad omnia ſufficiente mulieri,*

22) S. *Franc.* BALDUINI Iuſtinianus. Lib. I. pag. 15. wo er ſehr richtig bemerkt. *Veteres exemplo exceptionis non numeratae pecuniae videntur introduxiſſe hanc exceptionem non numeratae dotis, ut miſero marito ſuccurrerent, qui inani ſpe illectus, et uxoris ducendae deſiderio incenſus, ſaepe ſibi parum cavet, et numeratae dotis fallacem cautionem conſcribi, antequam dos numerata ſit, facile patitur.*

23) Es geſchahe dies zuerſt durch die *L. 3. Cod. de dote cauta,* wo **Juſtinian** die exceptio non num. dotis nach getrennter Ehe in einen Zeitraum von einem Jahre einſchloß, ohne dar-

mulieri, wie Juſtinian Nov. 100. Kap. 1. und 2. *ſagt*. Daß aber nach dem Ablauf der geſetzlichen Zeit nur das Privilegium, nicht aber die Exception ſelbſt wegfalle, wenn der Beklagte den Beweis derſelben führen könne, iſt we, der aus dieſem noch aus irgend einem andern Geſetz erweislich. Man behauptet vielmehr mit Recht, daß auch hier, eben ſo, wie beym Darlehn, nach Ablauf der geſetzlich beſtimmten Zeit eine obligatio litterarum begründet werde, wie §. 1239. näher gezeigt werden wird.

Noch iſt zur Erläuterung der bisher angeführten und erklärten Geſetze zu bemerken, daß die Exceptio N. N. P. auch als Klage vorgebracht werden kann. Weil nämlich dieſe Einrede, als Antwort auf die Klage, ſich eigentlich nur dann äußern kann, wenn dem Excipienten von ſeinem angeblichen Gläubiger dazu Gelegenheit gegeben wird; ſo kann der Ausſteller der Handſchrift, wenn deren Inhaber vor Ablauf der geſetzlichen Zeit nicht klagen ſollte, dieſe Exception nebſt dem ihr beygelegten Privilegium dadurch erhalten, daß er ſeinen Gegner auffordert, ſeine auf einen ihm ausgeſtellten Schuldſchein etwa zu gründende Anſprüche entweder aliunde zu beweiſen, oder denſelben durch Zurückgabe des Schuldſcheins gänzlich zu entſagen [24]. Dieſe Pro-

darauf Rückſicht zu nehmen, wie lange die Ehe gedauert hat. Nachher hat Juſtinian in der Nov. 100. mehrere Zeitfriſten beſtimmt, nach der Verſchiedenheit der Dauer der Ehe.

24) *L. 8. C. de non num. pecun.* Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, — queſtus eſt, *exceptio non numeratae pecuniae heredi, et adverſus heredem eius perpetuo competit.* S. Pfeiffers vermiſchte Aufſätze S. 152. ff.

Provocation wird *Querela non numeratae pecuniae* [25]) genennt. Er kann auch ſeine Handſchrift mit der *condictione ſine cauſa* zurückfordern [26]); oder er kann ſich auch, wenn der Inhaber derſelben abweſend ſeyn ſollte, einer gerichtlichen Proteſtation bedienen [27]). Es erhellet hieraus zugleich, daß der dem römiſchen Recht gemachte Vorwurf der Unbilligkeit ganz ungegründet ſey. Man nehme nur die Lehre des Röm. Rechts von der extinctiven Verjährung zu Hülfe, ſo wird man ſich lebhaft überzeugen können, daß die Entſtehung jener Verbindlichkeit ex ſola ſcriptura, lapſu temporis firmata keine ſo ganz exor-

25) Von dieſer Querel handelt LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 56. ſehr ausführlich.

26) *L. 7. C. de non num. pec.* Si quaſi accepturi mutuam pecuniam adverſario cavistis, quae numerata non eſt, per *condictionem* obligationem repetere, ſi actor non petat; vel *exceptione non numeratae pecuniae* adverſus agentem uti poteſtis. *L. ult. Cod. de condictione ex lege et ſine cauſa.* Si non eſt numeratum, quod velut accepturum te ſumſiſſe mutuo ſcripſiſti: *et necdum tranſiſſe tempus ſtatutum*, vel intra hunc diem habitam conteſtationem monſtrando, *reddi tibi cautionem*, Praeſidali notione poſtulare potes.

27) *L. 14. §. 4. Cod. de non num. pecun.* In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum eſt, ei licebit, cui talis exceptio competit, *vel denunciationibus ſcripto miſſis querelam non numeratae pecuniae manifeſtare* ei, qui numeraſſe eam, vel alias res dediſſe inſtrumento ſcriptus eſt; *vel ſi abeſſe eum his locis, in quibus contractus factus eſt, contigerit*, in hac quidem alma urbe *apud quemlibet ordinarium iudicem*, in provinciis vero apud viros clariſſimos *rectores earum*, vel *defenſores locorum eandem querelam manifeſtare, eoque modo perpetuam ſibi exceptionem efficere.*

exorbitante und beyſpielloſe Verordnung des Römiſchen Rechts ſey, als wofür ſie gewöhnlich ausgegeben wird [28]). Iſt für Klagen ein gewiſſer Zeitraum feſtgeſetzt, der peremtoriſch ihre Dauer beſtimmt, mit der Wirkung, daß nach Ablauf deſſelben die Klage nicht weiter angeſtellet werden kann, warum ſoll es unbillig ſeyn, wenn das Nämliche bey einer Exception geſchehen iſt, welche das Eigene hat, daß ſie auch als Klage vorgebracht werden kann? Kann ſich der Beklagte dort, ohne ſich auf die Richtigkeit der an ihn geſchehenen Forderung einzulaſſen, blos durch Anführung des abgelaufenen Zeitraums ſchützen; warum ſollte ſich nun der Kläger nicht eben ſo gut zur Begründung ſeiner Klage geradezu auf den Schuldſchein berufen dürfen, nachdem der geſetzliche Zeitraum, binnen welchen der Ausſteller Zeit und Rechtsmittel genug hatte, denſelben zurückzufordern, verfloſſen iſt, und die Einrede des nicht gezahlten Geldes nun jede rechtliche Wirkung verlohren hat? Wie kann es jetzt noch auf einen Beweis ankommen, ob dieſe Einrede factiſch gegründet, oder ungegründet ſey? Daß dieſe Anſicht ſelbſt den Geſetzen gemäß ſey, läßt ſich bey den klaren Worten der Novelle 100. Kap. 1. u. 2. tempore in omnibus eiusmodi ſpeciebus ſuos effectus oſtendente, et querelam dante vel tollente, *cum mulieri tempus ad omnia ſufficiat*, mit Grund nicht bezweifeln. Der einzige Unterſchied beſteht lediglich darin, daß bey der Verjährung der Klage durch

28) Schon Pfeiffer in den vermiſchten Aufſätzen S. 161. u. ff. hat die verſchrieene Singularität der Litteralverbindlichkeit auf ſolche Art ſehr gut erklärt. Man ſehe auch *Rom.* TELLER Diſſ. de exceptione non numeratae pecuniae §. 2. in fin.

durch den Ablauf der geſetzlich beſtimmten Zeit eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben, bey der Verjährung der Exceptio N. N. P. aber eine nicht wirklich begründete Verbindlichkeit nun nach Ablauf der geſetzlichen Friſtbeſtimmung als vorhanden angenommen wird.

§. 787.

Wem kommt die exceptio N. N. P. zu ſtatten? Nähere Angabe der Fälle, in welchen ſie gebraucht werden kann, und wo ſie hingegen, auch innerhalb der erſten zwey Jahre, ihre Wirkung verliert.

Die **Ausflucht des nicht gezahlten Geldes** ſteht nun, innerhalb des in den Geſetzen beſtimmten zweyjährigen Zeitraums, nicht nur dem Ausſteller der Handſchrift zu, ſondern, wenn derſelbe während dieſes Zeitraums ſtirbt, ohne ſich der Querelae N. N. P. bedient zu haben, ſo kommt die von dem Biennium noch übrige Zeit auch dem Erben mit gleicher Wirkung zu ſtatten. Nach *L.* 8. *C. de non num. pec.* iſt dies keinem Zweifel unterworfen. Denn da wird ausdrücklich geſagt:

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, nulla querimonia uſus, defunctus eſt, reſiduum tempus eius heres habebit tam adverſus creditorem, quam adverſus eius heredem.

Es entſteht aber hierbey die Frage, von welcher Zeit dieſer Reſt des Bienniums an zu rechnen ſey? Accurſius glaubt, von der Zeit an, da der Erbe die Erbſchaft angetreten hat. Allein nach der *L.* 14. *Cod. eodem* iſt das Biennium ein *tempus continuum*, welches, von Zeit der Ausſtellung der Handſchrift an gerechnet, ununterbro-

chen fortläuft. Der Erbe ſetzt es daher gleich nach dem Tode des Ausſtellers fort, ohne darauf Rückſicht zu nehmen, ob er die Erbſchaft ſchon angetreten hat, oder nicht[29]).

Die mehrgedachte Einrede kommt ferner auch dem Bürgen und Mandator zu, welcher den Auftrag gegeben hatte, dem Ausſteller der Handſchrift auf ſeine Gefahr zu creditiren. Dem Expromiſſor hingegen, welcher durch eine Novation die Verbindlichkeit desjenigen übernommen hat, von dem die Handſchrift iſt ausgeſtellet worden, wird dieſe Einrede nicht geſtattet. Hierher gehören folgende Geſetzſtellen.

L. 12. *Cod. de non num. pecun.* Tam mandatori quam fidei uſſori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.

L. 6. Cod. eodem. Fruſtra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te eſſe munitum, quando, ut fateris, in eius vicem, qui erat obligatus, ſubſtitueris te debitorem.

Uebrigens hat die Einrede des nicht gezahlten Geldes Statt, wenn auch der Beklagte den Empfang nicht ganz läugnet, ſondern behauptet, daß er die eingeklagte Summe nur zum Theil erhalten habe, nachdem von ihm die Handſchrift auf das Ganze ausgeſtellt geweſen ſey[30]). Es ent-

29) Man vergleiche *Hug.* DONELLI Commentar. ad L. 8. C. de non num. pecun. nr. 2. pag. 178. *Io.* ZANGER Tract. de exceptionibus. P. III. Cap. 14. nr. 49. TELLER Diſſ. cit. de except. non num. pecun. §. 5. und MAASSEN Specim. de contract. litt. natura. §. 12.

30) *L. 9. Cod. de non num. pecun. Iohan.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 2. Cod. de non

entſteht jedoch hierbey die Frage, wer den Beweis übernehmen müſſe? der Excipient, oder der Kläger? Man ſollte glauben, daß hier der Beklagte beweiſen müſſe, weil er, wenn er einen Theil der Schuld einräumt, die Vermuthung gegen ſich hat, daß er das Ganze empfangen haben müſſe. Hierzu kommt noch die *L.* 2. *Cod. de non. numer. pecun.* welche nicht undeutlich dem Beklagten den Beweis aufzulegen ſcheint. Es heißt nämlich darin:

Minorem pecuniam te accepiſſe, et maiorem cautionem interpoſuiſſe, ſi apud eum, qui ſuper ea re cogniturus eſt, conſtiterit: nihil ultra, quam accepiſti, cum uſuris in ſtipulationem deductis, reſtituere te iubebit.

Allein es gehört zum Grunde der Klage, daß das Geld gezahlt ſey, auf deſſen Rückzahlung geklagt wird. Der Beklagte hat nun hier das nicht ganz eingeräumt, was zur Begründung der Klage gehört. Es muß alſo von dem Kläger, der auf die Bezahlung des Ganzen klagt, völlig durch Beweis außer Zweifel geſetzt werden [31]). Nun beweißt ein für allemal die Handſchrift über den Empfang des Darlehns unter zwey Jahren nichts. Folglich muß hier die exceptio non numeratae pecuniae mit eben der Wirkung entgegengeſetzt werden können, als wenn der

 Be-

non num. pecun. pag. 167. ſq. TELLER Diſſ. cit. §. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 5. Band Nr. 274. S. 30. ff.

31) Es treten hier die Grundſätze vom qualificirten Geſtändniß ein. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. XLIII. §. 20. ff. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 326. ff.

Beklagte den Empfang des Geldes ganz geläugnet hätte. Daß dieſes dem Geiſt der *L. 2. C. de N. N. P.* gemäß ſey, beweißt nicht nur die griechiſche Ueberſetzung derſelben in den Baſiliken[32]), welche folgendermaßen lautet:

Οὐ μόνον ὁ μηδὲν λαβὼν ἐξ ὧν ἐχειρογράφησεν, ἀντιτίθησιν ἀναργυρίαν, ἀλλὰ καὶ ὁ πλείονα ὧν ἔλαβε χειρογραφήσας. i. e. *Non ſolum, qui nihil eorum accepit, quorum nomine cautionem interpoſuit, exceptionem non numeratae pecuniae opponere poterit: ſed et qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautionem dedit.*

ſondern eben dies beſtärkt auch die folgende L. 3. *Cod. eodem.* wo es im Allgemeinen heißt:

Exceptione non numeratae pecuniae oppoſita, compellitur petitor probare, pecuniam eſſe numeratam.

Alles dies ſetzt aber die *L. 9. Cod. eodem* vollends außer Zweifel, in welcher die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** auf folgende Art reſcribiren:

Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem poſſe conſtet, et ſi ſtipulatione interpoſita, placita creditor non dederit: in factum eſſe dandam exceptionem convenit. Si necdum tempus, intra quod huius rei querela deferri debet, tranſiit; vel ſi intra hoc in teſtando iuri paritum ſit: nihil ultra hoc, quod accepiſti, ſortis a te nomine aditus Rector vel Praeſes provinciae exigi patietur.

Denn daß hier von der exceptio N. N. P. die Rede ſey, beweißt die griechiſche Ueberſetzung dieſer Stelle in den Ba-

32) Tom. III. Lib. XXIII. part. II. Tit. 1. Conſtit. 64. pag. 327.

Baſiliken[33]) ganz deutlich, welche folgendermaßen lautet:

Ο ἔλαττον λαβὼν καὶ εἰς πλεῖον χειρογραφήσας, ἐπὶ τῇ πλείονι ποσότητι καλῶς αντιτιθησι τὴν ἀναργυρίαν, ἐὰν εἰσέτι ὁ χρόνος ἐνδαψιλευηται τῆς διετίας, ἤ διεμαρτύρατο, ἢ εἴσω τούτου τοῦ χρόνου, ἐν ᾧ διαμαρτύρασθαι ὤφειλε, τὸ ἱκανὸν τοῖς νόμοις ἐγένετο, οὐδὲν περαιτέρω τούτου ὅπερ ἐδέξω ὀνόματι κεφαλαίου ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας ἀπαιτηθῆναι ἀνέξεται i. e. *Qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautione expoſuit, maiori quantitati* *e x c e p t i o n e m* *n o n* *n u m e r a t a e* *p e c u n i a e* *recte opponit, ſi hoc adhuc biennii tempus ei largiatur, aut et conteſtatus ſit: vel ſi intra hoc tempus, in quo conteſtari debuit, iuri ſatisfactum ſit. Nihil ultra hoc, quod accepiſti, ſortis nomine a te rector provinciae exigi patietur.*

Es giebt jedoch Fälle, wo die exceptio N. N. P. innerhalb der erſten zwey Jahre ihre Wirkung verliert. Dahin gehört,

1) wenn der Ausſteller der Handſchrift den Empfang des Anlehns noch in einer beſondern Quittung bezeugt hat[34]). Es darf nur freylich dieſes beſondere Atteſtat nicht von demſelben Datum ſeyn, unter welchem der Schuldſchein iſt ausgeſtellt worden[35]). Iſt die Quittung in der

33) loc. cit. Tom. III. pag. 329. Conſtit. 71.

34) Es wird dies dem Gläubiger als eine beſondere Cautel empfohlen. S. Gmelin von Aufſätzen über Verträge §. 37. S. 75.

35) S. STRYK Tr. de caut. contract. Sect. II. Cap. VII. §. 10. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 85.

Handſchrift ſelbſt enthalten, ſo kann ſie, als ein Theil derſelben, nicht mehr Kraft haben, als die Handſchrift ſelbſt [36]).

2) Wenn der Ausſteller die Schuld auf andere Art entweder ausdrücklich vor Zeugen [37]), oder im Teſtament, oder auch ſtillſchweigend durch abſchlägliche Zahlung eines Theils des Capitals, oder auch durch Zinszahlung anerkannt hat [38]). *L. 4. C. de non num. pecun.* ſagt ausdrücklich:

Cum fidem cautionis agnoſcens, etiam *ſolutionem portionis debiti*, vel *uſurarum* feceris: intelligis, *te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.*

3) Wenn der Schuldſchein einem Argentarius iſt ausgeſtellet worden. **Juſtinian** beſtätigte hierdurch den ſchon längſt vor ſeinen Zeiten üblichen Litteralcontract, der durch die ſcriptura menſae errichtet wurde, (S. 125. ff.) wenn er in der Novelle 136. Kap. 5. verordnet:

Hoc etiam nos docuerunt, quosdam, qui cum illis contrahunt, inſtrumenta et rationes conficere, et partim quaedam publice facere, partim ſua manu ſcribere, quibusdam vero ab aliis conſcriptis ſubſcribere:

36) Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 852. Not.*) S. 905. ff.

37) Die Mitunterſchrift eines oder mehrerer Zeugen bey einem Schuldſchein beweißt jedoch durch ſich ſelbſt die von dem Gläubiger geſchehene Auszahlung des Geldes noch nicht. S. Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfälle 4. Band Nr. 19. S. 262. ff.

38) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 32. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 84.

bere: petieruntque, ut illi, qui cum ipſis contrahunt, ſi tale quid ſcripſerint, teneantur, ipſisque ſatisfaciant, nec eo abutantur, et dicant, ſe contractus quidem, vel confeſſiones, vel rationes omnes manu ſua ſcripſiſſe, vel aliis ſcribentibus illis ſubſcripſiſſe, *pecuniam vero, quae illis continetur, datam non eſſe.* Nos igitur, quoniam illa communia ſunt, et multa inſpectione egent, ad ea, ut decet, reſpondemus. Nam ſi quis publicum contractum fecerit, totumque manu ſua ſcripſerit, vel inſtrumentis aut rationibus ab aliis ſcriptis ſubſcripſerit; *ſancimus, ut ille, eiusque heredes omnibus modis, perſonalibus ſcilicet actionibus, teneatur.*

4) Wenn das Darlehn aus einer vorhergehenden rechtlichen Forderung entſtanden iſt, welche durch eine darüber ausgeſtellte Handſchrift in ein Darlehn iſt verwandelt worden. Von dieſem Falle ſind die ſchon oben (S. 106.) angeführten *L.* 5. *et L.* 13. *Cod. de non num. pecun.* zu verſtehen. Hier kommt es, wie beyde Geſetze ſagen, nicht darauf an, ob das Geld gezahlt ſey, ſondern es iſt blos darauf Rückſicht zu nehmen, ob der Ausſteller der Handſchrift das Geld aus einem rechtmäßigen Grunde ſchuldig geworden ſey. Es muß nur dieſer rechtliche Grund in der Handſchrift ausdrücklich ſeyn angeführt worden [39]). Unrichtig hingegen iſt es, wenn einige Rechtsgelehrten [40]) dieſe Geſetze ſo haben verſtehen wollen, als ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch dann wegfalle, wenn in der

39) S. DONELLI Comm. ad L. 13. C. de N. N. P. n. 5.

40) HUNNIUS in *Treutlerum* Vol. I. Diſput. 20. Th. 10. §. 4. und die oben §. 786. S. 105. Not. 55. angeführten Rechtsgelehrten.

der Schuldverſchreibung geſagt worden, daß der Ausſteller das Geld bereits vor einiger Zeit empfangen habe, wie bereits oben (S. 107. ff.) gezeigt worden iſt[41]).

Das in der Schuldverſchreibung enthaltene eidliche Verſprechen, das Darlehn wieder zu bezahlen, ſchließt jedoch die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Ausſteller das Geld auf die Handſchrift erhalten wird[42]). Insbeſondere aber beſtätigt dies auch die *L. fin. Cod. de non numerata pecun.* wo es heißt:

Indubitati iuris eſt, *non numeratae pecuniae exceptionem* locum habere, et in talibus nominibus vel foeneratitiis, vel *aliis cautionibus*, *quae etiam ſacramenti habent mentionem*. Quae enim differentia eſt in huiusmodi exceptione, ſive iusiurandum poſitum eſt, ſive non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis inſtrumentis, quae talem exceptionem recipiunt.

Wie aber, wenn ſich der Ausſteller des Schuldſcheins der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich begeben hätte? Es laſſen ſich hier verſchiedene Fälle gedenken.

1) Die Entſagung iſt erſt nach der Ausſtellung der Handſchrift in einer von derſelben ganz unterſchiedenen Urkunde

41) S. ZANGER Tract. de exceptionib. P. III. Cap. 14. nr. 38. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 273.

42) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 27. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 2. pag. 582.

kunde geſchehen. Hier findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht weiter Statt[43]).

2) Sie iſt in der Schuldverſchreibung ſelbſt enthalten; und dann iſt ſie entweder

a) ohne Eid geſchehen. Hier ſind alle Rechtsgelehrten darin einverſtanden, daß die Entſagung unverbindlich ſey, weil man annehmen muß, daß die Entſagung jener Einrede, eben ſo wie die Ausſtellung des Schuldſcheins, in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geſchehen ſey[44]).

b) Die Entſagung iſt eidlich geſchehen. Hier iſt

α) ſoviel gewiß, daß nach dem Römiſchen Recht ſelbſt durch eine in der Schuldverſchreibung enthaltene eidliche Entſagung die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht ausgeſchloſſen werde. Es läßt ſich auf dieſen Fall nicht nur die oben angeführte *L. fin. C. de N. N. P.* vollkommen anwenden, wie auch **Pufendorf**[45]) ganz richtig bemerkt hat, ſondern es erhellet dies auch daraus, weil nach dem Römiſchen Recht der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, ſondern lediglich nur als ein acceſſoriſches Mittel betrachtet wird, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu ſichern. Es kann folglich durch

43) WERNHER Select. Obſervation. for. Tom. I. P. V. Obſ. 246. et Tom. III. P. I. Obſ. 46. nr. 3. et Obſ. 160. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2046. nr. IV.

44) STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. VII. §. 8. PUFENDORF Obſervation. iuris univerſi. Tom. I. Obſ. 64. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 86.

45) Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 64. §. 6.

durch den Eid keine Entſagung gültig werden, welche an ſich unwirkſam iſt[46]). Allein ob nicht

β) nach dem canoniſchen Recht ein Anders zu behaupten ſey, iſt eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt ſind. Es iſt bekannt, daß nach dem canoniſchen Recht ein Eid, der ohne Seelengefahr gehalten werden kann, ſo kräftig und verbindlich iſt, daß dadurch ein ſonſt an ſich ungültiges Verſprechen verbindlich gemacht werden kann[47]). Da nun in Deutſchland die Kraft der Eide nach dem canoniſchen Recht beurtheilt wird[48]), ſo ſind viel Rechtsgelehrten[49]) der Meinung, daß die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes durch eine eidliche Renunciation ausgeſchloſſen werde. Man ſetzt noch den Grund hinzu, daß der Eid die Vermuthung aufhebe, welche ſonſt für den Ausſteller ſtreitet, daß er die Handſchrift in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausgeſtellet habe. Andere[50]) hingegen behaupten gerade das Gegen-

46) S. Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 120.

47) *Cap.* 28. X. *de iureiur. Cap.* 2. *de pactis. in 6to.*

48) BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 24. §. 23. ibique cit. DD.

49) CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſt. 32. Definit. 65. nr. 8. *Mod.* PISTORIS P. IV. Quaeſt. 12. nr. 6. COLERUS de proceſſ. executiv. P. I. Cap. 10. nr. 248. MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 2. Membr. 12. §. 15. nr. 5. u. a. m.

50) SCHILTER Prax. iuris. Rom. Exercit. XXII. §. 32. STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 7. §. 11. STRUV Deciſ. Sabbath. Cap. XIII. Deciſ. 15. in fin. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 64. §. 6. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30.

gentheil, weil auch nach dem canoniſchen Recht der Eid, welcher ſich immer nach der Natur der Handlung richtet, zu welcher er hinzugefügt worden, unter eben der Bedingung zu verſtehen ſey, welche das Verſprechen, an ſich betrachtet, in ſich enthält. Es könne daher eine in der Schuldverſchreibung enthaltene ſelbſt eidliche Entſagung die exceptio N. N. P. nicht hindern. Denn warum ſollte der geldbedürftige Schuldner nicht eben ſo leicht zu bewegen ſeyn, in der Hoffnung, deſto eher Geld zu erhalten, eine ſolche eidliche Entſagung der Schuldverſchreibung beyzufügen? Hierzu komme, daß wenn auch nach dem canoniſchen Recht der Eid eine an ſich ungültige und unverbindliche Handlung wirkſam machen könne; doch die Wirkung deſſelben ſoweit nie gehe, daß dadurch Etwas, was an ſich wirklich nicht exiſtirt, für geſchehen anzunehmen ſey.

Ich glaube, daß beyde Meinungen ganz wohl vereiniget werden können, wenn man mit den Gebrüdern **Becmann**[51]), einen Unterſchied macht, ob die Entſagung jener Einrede mittelſt eines a ſ ſ e r t o r i ſ c h e n E i d e s geſchehen iſt, wodurch der Ausſteller des Schuldſcheins den wirklichen Empfang des Geldes bekannt und verſichert hat, oder mittelſt eines p r o m i ſ ſ o r i ſ c h e n E i d e s, wodurch der

Qu. 30. LUDOVICI Doct. Pand. h. t. §. 21. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 26. WALCH Introd. in controverſ. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 4. H y m m e n s Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 90. und MADIHN ad Mencken doctr. de actionib. pag. 297. not. 918.

51) Conſil. et Deciſion. P. I. Conſil. XXXVIII. Qu. 3. et 4. nr. 14. ſq. pag. 441. ſqq.

der Ausſteller des Schuldſcheins nur blos verſprochen hat, ſich der Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen ſeine Handſchrift nicht bedienen zu wollen. In dem erſten Falle kann die exceptio N. N. P. nicht weiter vorgeſchützt werden, wofern nicht der Beklagte einen wahrſcheinlichen Irrthum anzuführen, und zu erweiſen vermöchte. Denn er würde ja ſonſt durch Vorſchützung jener Einrede ſeinem eignen Eid entgegenhandeln, und einen Meineid begehen [52]). In dem andern Falle hingegen, da die Entſagung durch einen promiſſoriſchen Eid geſchehen iſt, verhält ſich die Sache ganz anders. Hier wird durch den Eid die exceptio N. N. P. weder nach dem Römiſchen noch nach dem Canoniſchen Rechte ausgeſchloſſen. Denn auch nach dem canoniſchen Rechte iſt ein jeder Verpflichtungseid immer unter eben den Bedingungen und Einſchränkungen zu verſtehen, welche das Verſprechen, an ſich betrachtet, in ſich enthält [53]). So wie demnach das ſimple Verſprechen, die Schuld zu bezahlen, oder die Exceptio N. N. P. nicht vorſchützen zu wollen, unſtreitig die Bedingung enthält, wenn die Auszahlung des Geldes wirklich erfolgt ſeyn wird; ſo iſt auch der hinzugekommene promiſſoriſche Eid natürlich nur unter eben derſelben Bedingung, und alſo ſub ſpe futurae numerationis für abgelegt zu halten. Bleibt alſo jene Einrede bey einem ſimplen Verſprechen und bey einer ſimplen Renunciation zuläſſig, ſo iſt

52) Hierin ſtimmen auch überein MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVI. Th. 53. not. η. SETSER de iurament. Lib. I. cap. 26. nr. 14. BRUNNEMANN Comment. ad L. fin. Cod. de non num. pecun. nr. 3. et 4. und LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 69.

53) *Cap. 3. et 25. X. de iureiur. I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 24. §. 41.

iſt ſie auch aus eben dem Grunde bey einem eidlichen Verſprechen, und einer eidlichen Entſagung für zuläſſig zu achten [54].

Noch iſt die Frage zu berühren, ob die exceptio N. N. P. auch im Executivproceß mit eben der geſetzlichen Wirkung, wie in dem ordentlichen Proceß, vorgeſchützt werden könne? Man verſteht unter dem Executivproceß diejenige Verfahrungsart, da der Kläger ſeine Intention, inſofern ſie eine perſönliche Forderung an den Beklagten betrift, ſogleich durch fehlerfreye und ganz liquide Urkunden, oder, wie man zu ſagen pflegt, durch klare Brief und Siegel, (*inſtrumenta guarentigiata*) dergeſtalt zu begründen vermag, daß der Richter darauf ſogleich zur Execution ſchreiten kann, wenn der Beklagte die Richtigkeit der Urkunden nicht beſtreitet und keine ſofort liquiden Einreden dagegen vorzuſchützen im Stande iſt [55]. Ob nun dieſe Proceßart die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausſchließe, oder nicht, iſt eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt ſind. Einige [56] ver-

54) Man vergleiche noch *Guil.* MASIUS in Tr. de rei debitae aeſtimatione P. II. Cap. 21. nr. 2.

55) S. Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe nach Gönner §. 76. ff. und GROLMANS Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 242. ff.

56) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXII. §. 20. ſqq. SCHAUMBURG Princip. praxeos iurid. iudic. Lib. II. Cap. 2. §. 11. et not. ******. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 3. §. 2. von Bülow und Hagemans practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Band 2 Erört. §. 3. S. 43.

verweiſen dieſe Einrede ganz aus dem Executivproceß, wofern ſie der Beklagte nicht ſogleich erweiſen kann. Denn dies ſey der Natur des Executivproceſſes gemäß, welcher ſich eben dadurch von dem gemeinen und ordentlichen Proceß unterſcheide, daß hier keine anderen Einreden zugelaſſen werden, als ſolche, wofür der Beklagte ſchleunige Beweiſe vorlegen kann. Dieſe Proceßart habe das römiſche Recht nicht gekannt, es könne daher auch bey derſelben nicht angewendet werden, ſofern die Verordnungen deſſelben auf dieſe Proceßart nicht paſſen. Andere [57]) hingegen laſſen dieſe Einrede auch im Executivproceß mit der Wirkung zu, daß der Kläger die Numeration beweiſen müſſe, weil die Handſchrift, wenn ihr innerhalb des geſetzmäßigen Bienniums die Einrede der nicht erfolgten Numeration entgegengeſetzt wird, alle Beweiskraft verliert, folglich nun nicht mehr behauptet werden kann, daß der Kläger einen ſo liquiden Beweis ſeiner Forderung für ſich habe, als das Weſen des Executivproceſſes erfordert. Ueberdem gehöre die Einrede des nicht gezahlten Geldes zu den bloß verneinenden. Solche haben auch im Executivproceß ſtatt, weil ſie keines Beweiſes bedürfen, ſondern denſelben auf den Kläger wälzen, folglich ſofort liquid ſind.

57) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. WERNHER Obſervat. for. Tom. III. P. I. Obſ. 46. nr. 1. Claproths Einleitung in die ſämmtlichen ſummariſchen Proceſſe §. 161. a. E. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 9. S. 91. f. Gönner im Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 4. Bd N. LXXVII. §. 8. ff. Martin im Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Prozeſſes §. 240. S. 332. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1212. S. 126.

ſind. Es ſey auch eine ganz auffallende Inconſequenz, die ſich nimmermehr rechtfertigen laſſe, daß derjenige, welchen die Geſetze von aller Beweislaſt freyſprechen, im Executivproceß nicht nur dieſe Laſt übernehmen, ſondern ſogar zu ſchleunigen Beweiſen verbunden ſeyn ſoll. Ja welche Härte; dem Beklagten das ihm von den Geſetzen geſtattete Privilegium um der zufälligen Proceßform willen zu entziehen! Noch andere Rechtsgelehrte [58]) gehen einen Mittelweg. Sie ſagen, das Privilegium der Einrede des nicht gezahlten Geldes ſey zwar der Natur des Executivproceſſes nicht gemäß, die exceptio N. N. P. ſey daher in dieſer Proceßart anders nicht zuläßig, als wenn ſie von dem Beklagten ſogleich erweislich gemacht werden könne. Außerdem müſſe er mit ſeiner Ausflucht zur Reconvention verwieſen werden. Allein dadurch gehe die Wirkung der geſetzlichen Wohlthat, welche mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes innerhalb zwey Jahren verbunden iſt, nicht verlohren, ſondern ſey durch den Executivproceß nur aufgeſchoben. In der Reconvention habe der Wiederkläger nun die rechtlichen Vortheile der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch immer zu genießen, weil hier der Wiederbeklagte den Beweis der geſchehenen Zahlung zu führen verbunden ſey. Unter dieſen verſchiedenen Meinungen verdient die zweyte billig den Vorzug. Durch dieſe wird das Privilegium der Einrede geſichert, ohne dem Weſen des Executivproceſſes zu nahe zu treten. Denn unſtreitig hat der

58) S. Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 2. Band Nr. 2. Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe §. 32. Nr. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2047.

der Kläger nur dann gerechte Anſprüche auf den Executivproceß, wenn er alle factiſche Theile ſeiner Klage durch liquide Beweismittel darthun kann, welche ihm nicht nur im Anfange des Proceſſes, ſondern auch bis zum Erkenntniß zur Seite ſtehen müſſen. Nur unter dieſer Vorausſetzung verbindet die Natur des Executivproceſſes den Beklagten zu einem gleichen Beweis ſeiner Einreden, ſofern ſie ihrer Natur nach eines Beweiſes bedürfen. Nun fehlt es aber hier offenbar auf Seiten des Klägers an jener weſentlichen Bedingung des Executivproceſſes, wenn ihm der Beklagte innerhalb des geſetzlichen Bienniums die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegenſetzt. Denn die Geſetze haben ein für allemal dieſer Einrede den Vorzug beygelegt, daß ſie den Beklagten von aller Beweislaſt gänzlich befreyet, und dieſe durchaus auf den Kläger wälzt, welcher die Numeration durch andere Beweiſe, als durch den Schuldſchein, darthun muß, weil ſolcher unter zwey Jahren gar nichts beweißt, geſchweige denn der Forderung des Klägers diejenige Liquidität giebt, welche der Executivproceß nothwendig erfordert. Nach dieſer Anſicht iſt es wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Verordnungen des Römiſchen Rechts über die Wirkungen der mehr gedachten Einrede mit den Eigenthümlichkeiten des Executivproceſſes vollkommen vereinbar ſind, wenn gleich das Römiſche Recht dieſe Proceßart nicht kennt, wie **Gönner** [59]) ganz einleuchtend gezeigt hat. Man wird ſich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, welcher unüberſehbare Nachtheil dem Beklagten daraus entſtehen

59) Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. Band Nr. LXXVII. §. 14. S. 209.

hen würde, wenn derſelbe nach der dritten Meinung die Laſt des Beweiſes mit einem davon untrennbaren Koſtenaufwande tragen, und, wenn der ſchleunige Beweis nicht hergeſtellt wird, das Geld erlegen, dann aber daſſelbe erſt durch eine Nachklage wieder zu erkämpfen ſuchen ſollte. Nur im Wechſelproceß findet eine Ausnahme Statt [60]). Denn es iſt entweder der Valuta in dem Wechſel gedacht, oder nicht. In dem erſten Falle kann die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes dem Wechſelgläubiger gar nicht entgegengeſetzt werden. In dem letzten Falle iſt wieder zu unterſcheiden, ob die Erwähnung der Valuta in der Wechſelordnung des Orts als ein weſentliches Stück des Wechſels erfordert wird, oder nicht. In dem erſten Falle findet die Exceptio N. N. P. gegen einen ſolchen Wechſel mit eben der Wirkung, wie gegen eine Handſchrift, Statt. In dem letztern Falle hingegen wird ſie blos unter der Bedingung zugelaſſen, wenn ſie der Beklagte ſogleich beweiſen kann [61]).

60) S. Reichsabſchied vom Jahr 1654. §. 107. und Reichsſchluß vom J. 1671 §. Nachdem auch fünftens. Man vergleiche *Io. Henr.* BERGER Diſſ. de exceptione non numeratae pecuniae adverſus cambium. *Vitembergae 1709. Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. Part. I. Conſil. XXXVIII. Qu. 9. nr. 31. ſqq. pag. 448. und BESECKE Theſ. iuris cambial. P. I. pag. 277. et 438. Anderer Meinung iſt jedoch *Io. Gotfr.* MISLER in Diſſ. de querela et exceptione non numeratae pecuniae in cambiali negotio. *Gieſſae 1747.*

61) So unterſcheiden *Chriſt. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iuris cambialis IV. §. 29. ſqq. und Exercit. XVII. Sect. IV. §. 17. nr. 8. pag. 55. und *Ioach. Phil.* BEHM in Diſſ. de natura et indole exceptionum in cauſis cambialibus occurrentium. *Goettingae 1783.*

Wer übrigens die Exceptio N. N. P. argliſtig vorſchützt, kann auf das Duplum verurtheilt werden [62]). Hellfeld will zwar den heutigen Gebrauch dieſer Verordnung läugnen, und, ſtatt des Duplums, eine arbiträre Strafe eintreten laſſen. Allein da der Grund des Geſetzes: *ut lites ſic minuantur*, *et metu poenae citius rei dicant, quae confiteri oportet*, noch jetzt ſein vollkommenes Gewicht hat, ſo läßt ſich die Anwendung deſſelben mit Grund nicht bezweifeln [63]). Es muß nur der Kläger durch andere Beweismittel, als durch den Eid, die geſchehene Numeration zu beweiſen im Stande ſeyn [64]).

§. 788.

Wirkung des chirographi nach Ablauf der geſetzlichen Friſt von zwey Jahren. In wiefern findet die exceptio N. N. P. nach dieſer Zeit noch Statt?

Daß nach Ablauf des geſetzlich beſtimmten Bienniums das Römiſche Recht die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr geſtatte, ſondern nunmehr die Handſchrift nicht blos einen Beweis wider den Ausſteller, ſondern vielmehr eine neue **Verbindlichkeit** für den Beklagten begründe,

1783. §. 9. Iſt der Wechſel an einen Dritten richtig indoſſirt, ſo wird auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes gar keine Rückſicht mehr genommen, wenn ſie gleich ſofort erweislich wäre. S. **Püttmanns** Grundſätze des Wechſelrechts §. 181. und **Danz** Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe nach **Gönner** §. 94.

62) *Nov. XVIII. cap. 8.*

63) S. den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 185.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 79.

gründe, die Zahlung des Darlehns zu leiſten, weil er, daſſelbe empfangen zu haben, ſchriftlich verſichert hat, iſt bereits oben durch die entſcheidendſten Stellen des römiſchen Geſetzbuchs außer Zweifel geſetzt worden. Iſt alſo jener peremtoriſche Zeitraum einmal verfloſſen, binnen welchen die exceptio N. N. P. vorgeſchützt werden konnte, ſo fällt nun alle Rückſicht hinweg, ob das Geld wirklich gezahlt, und alſo der Darlehnscontract wirklich geſchloſſen ſey, oder nicht? Es kann folglich auch der Beklagte mit keinem Gegenbeweis Gehör finden. Denn er wird jetzt nicht mehr durch den Empfang, ſondern durch ſein ſchriftliches Bekenntniß allein zur Leiſtung der Zahlung verbindlich gemacht. Der Gläubiger hat nun nach Ablauf jenes geſetzlichen Zeitraums ein neues Recht erworben, dieſelbe zu verlangen, welches er mittelſt der *condictio ex litteris* oder *ex chirographo* verfolgen kann. Der Kläger bezieht ſich hier nicht mehr auf den Schuldſchein, als Beweismittel ſeiner durch die Numeration begründeten Forderung, ſondern er gründet ſich in dem durch Production des Schuldſcheins ſogleich außer Zweifel geſetzten Litteralcontract, das heißt in dem Factum, daß ein Schuldſchein ausgeſtellt worden, welcher die Verſicherung des Beklagten enthält, ein Darlehn empfangen zu haben, und dieſer ſich nunmehr zwey Jahre ungeſtört in den Händen des Klägers befunden habe. Nach dieſer Anſicht kann daher auch nicht einmal die exceptio doli Statt haben, wenn das Biennium einmal verſtrichen iſt, wie Pfeiffer [65]) ſehr gründlich gezeigt hat; obwohl viele das Gegentheil behaupten.

65) Vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des deutſchen u. Röm. Privatrechts. S. 108. ff.

haupten[66]). Man beruft ſich zwar auf die *L.* 3. *Cod. de N. N. P.* Allein vergebens. Es heißt freylich darin:

Si ex cautione tua conveniri coeperis, *exceptione oppoſita ſeu doli* ſeu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi eſſe numeratam.

Was hindert uns aber, dieſe Stelle, mit Beyſtimmung der übrigen Geſetze, welche den Gebrauch der exceptio N. N. P. beſtimmen, blos eingeſchränkt auf die Zeit zu erklären, wo das Biennium noch nicht verfloſſen iſt? Daß die Worte des Geſetzes auch wirklich nur hiervon reden, zeigt die dem Kläger aufgelegte Beweisführung ganz deutlich. Wollte man die Wirkung der exceptio doli über dieſen Zeitpunct hinaus erſtrecken, ſo müßte zu einer ſolchen Ausdehnung ein rechtsgültiger Grund vorhanden ſeyn. Hieran aber fehlt es gänzlich. Es läßt ſich vielmehr mit leichter Mühe das Gegentheil darthun. Denn nur ſolange die Geſetze überhaupt der exceptio N. N. P. die Wirkung beylegen, daß der Kläger die Numeration beweiſen muß, und ein mißlungener Beweis derſelben für den Beklagten ein abſolutoriſches Erkenntniß zu Wege bringt; läßt ſich annehmen, der Kläger handle betrügeriſch, der eine Zahlung zurückverlangt, ohne ſie beweiſen zu können, weil hier der Kläger ſich lediglich auf den eingegangenen Darlehnscontract gründen muß. Hiergegen findet alſo die exceptio doli, concurrirend mit der exceptio N. N. P. oder mit derſelben gleichbedeutend, Statt. Sobald hingegen die Zeit einmal völlig verfloſſen iſt, binnen welcher

66) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 81. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXII. Corol. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. u. a. m.

cher die exceptio N. N. P. Statt findet, ſo kann von einem Dolus gar nicht mehr die Rede ſeyn. Denn nun iſt für den Beklagten eine neue Verbindlichkeit eingetreten, die Zahlung zu leiſten, welche durch die extinctive Verjährung der exceptio N. N. P. begründet worden iſt. Der Kläger gründet ſich jetzt nicht mehr in einer geſchehenen Numeration, ſondern darin, daß der Beklagte aus ſeinem ſchriftlichen Bekenntniß, welches nun durch den Ablauf des Bienniums beſtätiget iſt, den darin enthaltenen Gegenſtand zu bezahlen ſchuldig ſey. Was hülfe es hier dem Beklagten, wenn er auch beweiſen könnte, der Kläger ſey in mala fide? Denn hier iſt ja von einer blos extinctiven Verjährung die Rede iſt, welche nach dem Römiſchen Rechte keine bona fides erfordert [67]). Es verſteht ſich aber freylich wohl von ſelbſt, daß hier nur von dem Falle die Rede ſey, wenn der Beklagte ſeine exceptio doli blos darauf gründen wollte, daß der Kläger die Bezahlung eines Gegenſtandes verlange, den der Beklagte nicht empfangen hat. Denn ſollte der Beklagte wirklich zur Ausſtellung der Handſchrift ſelbſt doloſe inducirt worden ſeyn, und alſo die entgegengeſetzte Einrede eine exceptio doli ſpecialis ſeyn; ſo leidet es keinen Zweifel, daß dieſer Exception, ohne auf den Ablauf des Bienniums Rückſicht zu nehmen, zu jeder Zeit Statt gegeben werden müſſe [68]).

67) S. *Gottl. Euſ.* OELTZE Diſſ. qua expenditur quaeſtio, an et et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? *Ienae* 1766. Cap. II. §. 29.

68) S. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 41. pag. 107. WERNHER Obſervation. for. Tom. I. P. I. Obſ. 6. nr. 6.

Einen Fall nehmen jedoch die Geſetze aus, wo der Ablauf des Bienniums für den Ausſteller des Chirographums unſchädlich iſt. Dieſer Fall tritt bey den Minderjährigen ein. Zu Gunſten derſelben hat Juſtinian *L. 5 Cod. In quib. cauſis in integrum reſtitut. neceſſaria non eſt.* Folgendes verordnet:

Sancimus, favore imperfectae aetatis *exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere*; ne, dum in integrum reſtitutionem expectamus, vel aliquod emergat obſtaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non poſſit, vel ſubſtantia eius ſubvertatur.

Es können jedoch auch Grosjährige aus rechtmäßigen Urſachen, z. B. wegen der Abweſenheit, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Bienniums erhalten, wie aus *L. 13. pr. Cod. de non num. pecun.* erhellet, wo Juſtinian ſagt:

His ſcilicet, qui *propter aliquas cauſas* ſpecialiter legibus expreſſas *etiam elapſo quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur*, etiam in poſterum, (licet biennium pro quinquennio ſtatutum eſt) *eodem auxilio potituris.*

Ob die Lehre des Römiſchen Rechts von der exceptio N. N. P. noch heutiges Tages anwendbar ſey, iſt eine Frage, welche hier um ſo mehr einer Erörterung bedarf, da die Urtheile der heutigen Rechtsgelehrten darüber ſo ver-

n. 6. et Supplem. ad h. Obſ. et P. II. Obſ. 355. nr. 2. et 3. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. in fin. und Pfeiffer in den angef. vermiſchten Aufſätzen S. 184. not. n.

verſchieden ſind. Einige[69]) wollen den heutigen Gebrauch der privilegirten Ausflucht des nicht gezahlten Geldes darum läugnen, weil ſie den deutſchen Sitten und Geſetzen nicht gemäß ſey. Denn nur die Römer hätten ſich ordentlicher Weiſe die Handſchrift vorher ausſtellen laſſen, ehe die Auszahlung des Capitals erfolgt ſey; hingegen bey den Deutſchen pflege Auszahlung des Geldes und Ausſtellung der Handſchrift zu gleicher Zeit zu geſchehen. Sodann erlaube auch die nach deutſchen Rechten erweiterte fides pactorum nicht, von dem Privilegium jener Einrede Gebrauch zu machen. Deswegen habe man von jeher bey den Deutſchen den Handſchriften, welche ein Schuldbekenntniß enthalten, und welche man insbeſondere Handfeſten genennt habe, eine vollkommene Beweiskraft, ja faſt noch eine größere, als den Zeugen, beygelegt, wie das deutſche Rechtsſprüchwort beweiſe: Briefe ſind beſſer denn Zeugen[70]). Widerſprechend wäre es demnach, demjenigen, welcher ein Darlehn erhalten zu haben, ſchriftlich bekannt hat, den Widerruf ſeines Bekenntniſſes zu geſtatten; da nach deutſchen Reichsgeſetzen auf die bloße Vorzeigung der Obligation wider den Schuldner ſogleich mit Execu-

69) S. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen (Halle 1743. 4.) 1. Th. 238. Stück. S. 1067. ff. und OBLTZE Diſſ. cit. an et quatenus litter. obligatio in Germ. locum habeat Cap. III. §. 33. ſqq.

70) S. Schwäbiſches Landrecht Kap. 299. §. 2. nach der Bergerſchen u. Kap. 305. Nr. 6. nach der Königsthalſchen Ausgabe. Man vergleiche Joh. Fried. Eiſenharts Grundſätze der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern 6. Abth. Nr. XVIII. S. 536 ff.

Execution verfahren werden ſoll[71]). Schütze dennoch der Beklagte vor, auf die ausgeſtellte Handſchrift kein Geld erhalten zu haben, ſo müße ihm der Beweis auferlegt werden. Denn er habe die Vermuthung gegen ſich. Dem allen ungeachtet gelte aber doch der römiſche Litteralcontract in Deutſchland. Denn dieſer beruhe auf der Lehre von der Verjährung, und dieſe ſey auch in Deutſchland recipirt. Das deutſche und römiſche Recht laſſe ſich auch ganz wohl mit einander vereinigen. Denn nach jenem beweiſe die Handſchrift auch unter zwey Jahren vollkommen wider den Ausſteller; beſtreite derſelbe dennoch die Richtigkeit des Inhalts, ſo müſſe er den Beweis ſeiner Einrede übernehmen. Nach dem letztern hingegen bringe die Handſchrift nach zwey Jahren eine neue Verbindlichkeit hervor, und bewirke eine neue Klage, wogegen nun die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr Statt finde. Andere[72]) hingegen tragen kein Bedenken zu behaupten, daß die Lehre von der exceptione N. N. P. und der nach zwey Jahren aus einem Chirographum entſpringenden Litteralverbindlichkeit auch noch heut zu Tage ganz in der Maaße zur Anwendung kommen müſſe, wie ſie in dem römiſchen Rechte be-

71) Jüngſt. Reichsabſch. §. 174. Man ſ. auch HEINECCII Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. §. 202. ſqq.

72) WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 6. REINHARTH Select. Obſervat. ad *Chriſtinaei* Deciſiones Vol. I. Obſ. 42. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 250. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 880. u. f. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Io.* SLÜTER Diſſ. de exceptione non numeratae pecuniae non privilegiata. *Gieſſae* 1742. §. 22. ſqq. *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 25. und Pfeiffer in den vermiſchten Aufſätzen S. 176. ff.

beſtimmt iſt, wofern ihr nicht beſondere deutſche Geſetze entgegen ſind [73]). Allein weder die erſte noch die zweyte Meinung verdient Beyfall. Die richtigere Meinung, welche auch von den meiſten heutigen Rechtsgelehrten [74]) behauptet wird, geht dahin, daß vor Ablauf des in dem römiſchen Recht beſtimmten Bienniums die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch heut zu Tage gegen ein Chirographum mit eben der Wirkung vorgeſchützt werden könne, welche ihr in dem römiſchen Rechte beygelegt iſt, weil der allgemeine Grund des Geſetzes, den Mißbrauch ausgeſtellter Schuldſcheine zu verhindern, noch jetzt der nämliche bleibt. Dahingegen muß nach heutigem Rechte dem Beklagten die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch noch nach

73) Ein Beyſpiel hiervon giebt das Preußiſche Landrecht, nach welchem die Wirkungen eines ausgeſtellten Schuldſcheins durchaus wieder in die Gränzen zurückgeführt ſind, welche ein jedes andere ſchriftliche Bekenntniß hat. Er begründet nämlich die Vermuthung für die Richtigkeit alles deſſen, was darin enthalten iſt, ſo lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann. Es gilt alſo auch das Geſtändniß des empfangenen Geldes gegen den Ausſteller, ohne Rückſicht auf einen beſtimmten Zeitverlauf, ſo weit er nicht das Gegentheil zu erweiſen im Stande iſt. S. 1. Th. 11. Tit. 7. Abſch. §. 732. ff. Noch andere Beyſpiele hat VINNIUS in Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 41. in fin.

74) S. Chriſt. Wilh. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Not. 12. S. 15. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück Nr. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 272. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 858. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2048. THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

nach Ablauf der geſetzlichen Zeit geſtattet werden, im Fall er nämlich den Beweis hiervon zu führen bereit und im Stande iſt. Dies iſt nicht nur der heutigen Praxis gemäß[75]), ſondern es läßt ſich dieſe Meinung auch nach wahren theoretiſchen Gründen vollkommen rechtfertigen. Das Canoniſche Recht, welches immer in Colliſions-Fällen den Vorzug vor dem Römiſchen Rechte behauptet, ſo weit nicht der Gerichtsgebrauch ein Anders mit ſich bringt, ſtellt hierin andere dem römiſchen Rechte derogirende Grundſätze auf. Nach dem Canoniſchen Recht[76]) findet nämlich keine Verjährung Statt, wenn derjenige, welcher ſie vorſchützen will, im böſen Glauben iſt, und ein Geſetz, welches den Betrüger begünſtiget, kann nach den Vorſchriften deſſelben keine moraliſche Sanction haben. Dies würde aber hier der Fall ſeyn, wenn der Inhaber der Schuldverſchreibung dem Ausſteller, welcher nach Ablauf der geſetzlichen Friſt die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorbrächte, und ſolche auch zu beweiſen im Stande wäre, damit zurückweiſen wollte, daß jene Einrede nun nicht mehr Statt finde, ſondern verjährt ſey. Billig verdient auch hierin das Canoniſche Recht den Vorzug vor dem römiſchen, da es den Richter in den Stand ſetzt, dem Betrogenen zu helfen, und eben dadurch die Rechte der geſunden Vernunft und der

75) MEVIUS P. II. Deciſ. 22. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 64. §. 3. de CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. I. Deciſ. 13. nr. 5. und Tom. II. Deciſ. 248. nr. 17. Pütters auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Reſp. 301. und 302. Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſtenfacultät. 1. Band Nr. VII. S. 65.

76) *Cap. fin. X. de praeſcript.*

der Moral zu handhaben. In dieſer Hinſicht wird nun heut zu Tage die exceptio N. N. P. obwohl freylich gegen den römiſchen Sprachgebrauch in die privilegirte und nicht privilegirte eingetheilt [77]). Wird ſie nämlich vorgeſchützt, ehe der Schuldſchein das geſetzliche Alter von zwey Jahren erreicht hat, ſo daß der Kläger die Numeration beweiſen muß, ſo wird ſie *exceptio N. N. P. privilegiata* genennt. Wenn ſie hingegen erſt nach dem Ablauf der geſetzlichen Zeitfriſt opponirt wird, und der Beklagte den Beweis derſelben übernehmen muß, ſo heißt ſie *non privilegiata.* Es ergiebt ſich nun alſo hieraus, daß der römiſche Litteralcontract in Deutſchland wegfällt. Allein nun entſteht die Frage, ob der Beweis, welcher bey der unprivilegirten exceptio N. N. P. dem Beklagten obliegt, auch durch Eideszuſchiebung geführt werden könne? Auch darüber wird geſtritten. Nach der Vorſchrift der Geſetze, und nach dem Ausſpruch der Vernunft muß dieſe Frage ſchlechterdings verneint werden [78]). Es gilt hier dem Widerruf eines ſchriftlichen Eingeſtändniſſes. Ein ſolches Bekenntniß konnte vor Juſtinian nicht anders widerlegt werden, als durch einen mit klaren Documenten geführten Beweis vom Gegentheil desjenigen, was

77) S. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diſſ. utrum diviſio exceptionis non numeratae pecuniae in privilegiatam et minus privilegiatam defendi poſſit? *Lipſiae 1768.*

78) Man vergleiche Meurers juriſt. Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufſatz 1. Kap. S. 31. ff. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 376. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 469. in fine.

was in dem Eingeſtändniß enthalten war [79]). Juſtinian [80]) gieng zwar weiter, und ließ auch unverwerfliche Zeugen zu. Auf keine Weiſe aber kann eine Eidesdelation zugelaſſen werden. Dies lehrt die Vernunft. Denn wer einmal eingeſtanden hat, kann ja dem Andern nicht mehr zumuthen, noch einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingeſtandene wahr ſey. Allein in der Praxis läßt man gleichwohl die Eidesdelation in Gemäßheit des Canoniſchen Rechts als ein Beweismittel zu [81]).

Zuletzt muß ich noch einer Meinung gedenken, welche viele [82]) behaupten, nämlich daß die exceptio N. N. P. nicht blos beym Darlehn, ſondern auch in allen übrigen Realcontracten, die durch die Dation erſt ihre weſentliche Vollkommenheit erhalten, nur das Depoſitum ausgenommen, mit gleicher Wirkung Statt habe. Ganz allgemein, ſagt man,

79) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de N. N. P.*

80) *L. 14. C. de contrab. vel committ. ſtipulat.*

81) *Cap. 14. X. de fide inſtrumentor.* PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 64. §. 8. Pütters auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Theil Reſp. 301. und 302. *de* CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo Caſſell. Tom. II. Deciſ. 248. nr. 17. von Bülows u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 1. Th. 2. Erört. §. 3. Höpfner im Commentar über die Inſtitut. §. 858. Not. 7. S. 911. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1180. Not. 100.

82) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 23. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 63. Meurer in den juriſt. Abhandlungen 2. Aufſatz 3. Kap. S. 42. ff. Pfeiffer vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des Privatrechts S. 138. ff. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1180. S. 100.

man, rede die Verordnung Juſtinians *L.* 14. *pr. Cod. de non num. pecun.* worin es heißt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae eſſe conſcribuntur, — non numeratae pecuniae exceptionem obiicere poteſt, qui accepiſſe pecunias, vel alias res ſcriptus ſit.

Dies leide keine Einſchränkung auf Inſtrumente über Darlehn und Brautgabe. In dem nämlichen Geſetz werden nur *inſtrumenta depoſitarum rerum* von der Sanction ausgenommen. Die Regel in Anſehung aller übrigen Realcontracte werde alſo hierdurch deutlich beſtätiget. Allein eigentlich war hier Juſtinians Abſicht nicht, das exorbitante Privilegium der exceptio N. N. P. noch mehr auszudehnen, ſondern zu beſchränken, und das Quinquennium in ein Biennium zu verwandeln. Nun ſagt *L.* 5. *C. de N. N. P.* ausdrücklich:

Ignorare non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quaſi credita pecunia petitur.*

Hierzu kommt, daß bey allen übrigen Realcontracten auch der Grund der geſetzlichen Verordnung wegfällt. Beym Darlehn iſt wohl der Fall möglich, daß Jemand im Drang ſeiner Bedürfniſſe eine Handſchrift in der Hoffnung ausſtellt, Geld zu erhalten. Auch mag wohl ein Bräutigam, um deſto eher zu dem Beſitz der Braut zu gelangen, zuweilen den Empfangſchein über das Heyrathsgut aushändigen, ehe ihm noch ſolches überliefert worden iſt. Allein bey andern Contracten, welche erſt durch die Dation und Numeration ihre weſentliche Vollkommenheit erhalten, fallen dieſe Motive weg. Daß bey dieſem die

ex-

exceptio N. N. P. nicht Statt finde, ſagt auch das Geſetz ganz deutlich. Denn in dem §. 1. der angeführten *L.* 14. *Cod. de N. N. P.* heißt es:

Sed quoniam *ſecuritatibus* et *inſtrumentis depoſitarum rerum vel pecuniarum*, talem exceptionem opponere litigatores conantur, iuſtum eſſe perſpeximus, huiusmodi poteſtatem in certis quidem caſibus prorſus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque ſancimus, *inſtrumento quidem depoſitionis certarum rerum, vel certae pecuniae, ſecuritatibusque publicarum functionum, ſive in ſolidum ſive ex parte ſoluta eſſe conſcribantur, illis etiam ſecuritatibus, quae poſt confectionem dotalium inſtrumentorum de ſoluta dote ex parte, vel in ſolidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.*

Daß hier nur des Depoſitums gedacht wird, berechtiget uns nicht zu der Schlußfolge, daß es beym Commodatum oder Pfandrecht anders ſeyn ſolle. Denn hier tritt der Grund noch viel ſtärker ein, warum beym Depoſitum die Exceptio N. N. P. nicht Statt findet [83]). Setzt der Beklagte bey dieſen Contracten dem Kläger die Einrede ent-

83) Man vergleiche *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipſiae* 1749. §. 18 — 21. OELTZE Diſſ. an et quatenus litterar. obligatio in Germ. locum habeat? §. 27. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 855. und §. 858. Nr. 2. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 23. not. v.

entgegen, er habe den geklagten Gegenſtand nicht erhalten, ſo muß zwar freylich auch der Kläger den Grund ſeiner Klage erweiſen, allein der Empfangſchein beweißt wider den Beklagten, und er kann deſſen Beweiskraft anders nicht, als durch liquidas ac manifeſtiſſimas probationes entkräften [84]).

Lib. XII.

84) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun. L. 6. Cod. de compenſat.*

Lib. XII. Tit. II.

De iureiurando ſive voluntario ſive neceſſario ſive iudiciali.

§. 789.

Zuſammenhang dieſes Titels. Begriff des Eides.

Man hätte erwarten ſollen, daß, nach der Lehre vom Darlehn, nun die übrigen Realcontracte gefolgt wären. Allein, ſtatt derſelben, werden wir uns noch eine Zeitlang mit andern Materien unterhalten müſſen. Es folgt die Lehre vom Eide, als rechtliches Mittel, Prozeſſe zu ſchlichten, betrachtet. In dem *Edicto perpetuo* wird an zwey verſchiedenen Orten vom Eide gehandelt. Zuerſt nach dem Titel de interrogationibus in iure vom *iuramento voluntario*, und dann nach dem Titel de rebus creditis vom iuramento neceſſario [85]). Beyde Edicte haben die Verfaſſer der Pandecten zuſammengezogen, und handeln hier die Lehre vom Eide in ihrem Zuſammenhange ab. Warum aber gerade hier? Weil beym Darlehn, ſo wie bey den übrigen Realcontracten, immer dem Kläger der Beweis obliegt, wenn der Beklagte den Empfang des Gegenſtandes läugnet, und in ſolchen Fällen,

85) S. HEINECCII Opuſc. poſtuma ad hiſtoriam Edictor. edictique perpetui ſpectant. pag. 522. ſqq.

len, wegen der Schwierigkeit des Beweiſes, der Eid oft das einzige Mittel iſt, den Prozeß beyzulegen. Daher heißt es *L. 1. D. h. t.*

Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit *iurisiurandi religio*: qua vel *ex pactione ipſorum litigatorum*, vel *ex auctoritate iudicis*, deciduntur controverſiae.

Es iſt hier nicht blos, wie **Anton Faber**[86]) glaubt, von der Eidesdelation die Rede, welche ſowohl außergerichtlich, als unter Auctorität des Richters geſchehen kann. Nein, Cajus will hier die Gründe angeben, aus welchen der Eid, als ein Mittel, einen Rechtsſtreit zu entſcheiden, betrachtet werden kann. Den einen ſetzt er in dem Vertrage der Partheyen, vermöge welchen ſie ſich dahin vereinigen, daß dasjenige, was der andere Theil beſchwören wird, für wahr angenommen werden ſoll; den andern aber in dem Urtheil des Richters, wodurch er, wegen Mangels eines zur Entſcheidung hinreichenden Beweiſes, ſelbſt den Eid einer ſtreitenden Parthey auflegt. Es wird alſo hier, wie **Gerhard Noodt**[87]) ganz richtig bemerkt, auf beyde Arten des Verſicherungseides gedeutet; den freywilligen, den eine Parthey der andern anträgt, und von welchem ſie vertragsmäßig die Entſcheidung ihrer Sache abhäugig machen;

86) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. cit.

87) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 279. Man ſehe auch *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae* 1772. §. 1.

und den nothwendigen, welchen der Richter, zur Entſcheidung des Rechtsſtreits, im Falle eines geführten unvollſtändigen Beweiſes, einer Parthey auflegt. Dieſe Erklärung beſtätigen auch die Baſiliken[88]), in welchen die *L.* 1. *D. h. t.* auf folgende Art lautet: Ορκος ἐπιφερόμενος, ἢ παρὰ τοῦ ἀντιδίκου, ἢ παρὰ τοῦ δικαστοῦ, τέμνει τὴν ἀμφισβήτησιν. i. e. *Iuſiurandum, ſive ab adverſario, ſive a iudice delatum, controverſiam decidit.* Ob nun gleich Cajus in der erklärten Geſetzſtelle nur von zwey Hauptarten des Eides redet, ſo werden dennoch in der Ueberſchrift dieſes Titels drey angegeben: iusiurandum *voluntarium*, *neceſſarium* und *iudiciale.* Welche Arten der Eide durch dieſe Ueberſchrift angedeutet werden, darüber ſind die lateiniſchen und griechiſchen Ausleger verſchiedener Meinung. Die Gloſſatoren, denen auch Zaſius[89]), **Voet**[90]), **Weſenbec**[91]) und faſt die meiſten Commentatoren gefolgt ſind, verſtehen unter dem erſtern immer einen außergerichtlich angetragenen, unter dem andern den vom Richter auferlegten, und unter dem letzten denjenigen Eid, den eine Parthey der andern vor Gericht deferirt. Mit dieſer Erklärung ſtimmt zwar **Stephanus**[92]), jener griechiſche Interpres der Baſiliken, in ſo weit überein, daß er unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid verſteht, welcher außergerichtlich nach Art eines Vertrags deferirt wird. Allein darin weicht er von den lateiniſchen Auslegern ab, daß

88) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 118.

89) Ad rubr. Tit. Dig. de iureiur. nr. 41. ſqq.

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

91) Paratitl. Dig. h. t. nr. 7. et 10.

92) Ad Baſilica Lib. XXII. Tit. 5. Conſt. 1. Tom. III. pag. 140.

daß er *iuramentum neceſſarium* den Eid nennt, welcher dem Deferirenden zurückgeſchoben worden iſt, und welcher daher von jenem bey Verluſt des Proceſſes geſchworen werden muß, unter dem *iuramento iudiciali* aber den Eid verſteht, welchen der Richter, ohne Antrag der Parthey, aus eigener Bewegung auferlegt. Dieſer Erklärung des Stephanus giebt **Merillius**[93]) allein den Vorzug. **Pothier**[94]) hingegen, ſo wie auch **Maranus**[95]) und **Noodt**[96]) verſtehen mit **Attaliata**[97]) unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid, welchen ein Theil dem andern, gerichtlich oder außergerichtlich, deferirt, im übrigen ſtimmen ſie der Erklärung des Stephanus bey. Dieſe letztere Meinung hält zwar **Heineccius**[98]) für die wahrſcheinlichſte. Allein die Erklärung der Lateiner ſcheint mir dennoch dem römiſchen Sprachgebrauche und der Meinung der Juſtinianeiſchen Compilatoren bey weitem angemeſſener zu ſeyn, wie auch **Koch**[99]) dafür hält.

Soviel nun hiernächſt den Begriff des **Eides** anbetrifft, ſo ſind die Ideen der Rechtsgelehrten ſowohl als der

93) Obſervation. Lib. III. cap. 13. et Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 18. Faſt eben ſo *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XXXVIIII. Th. 1.

94) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. 1.

95) Paratitl. Dig. h. t. pag. 294.

96) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 279.

97) *Synopſ. Baſilicor.* Tit. 18.

98) Diſſ. de lubricitate iurisiurandi ſuppletorii. §. 6. et 7. (in *Opuſculor. varior. ſylloge.* Exercitat. XVI. pag. 623. ſeqq.)

99) Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. *Gieſſae 1782.* §. 3.

Philoſophen darüber ſehr verſchieden [100]). Gewöhnlich verſteht man darunter eine Betheurung, welche unter Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit geſchieht. Nicht nur unſer Verfaſſer, ſondern unter den neuern auch Georg Ludw. Böhmer [1]), Malblanc [2]), Koch [3]), Pohl [4]) und Herr von Globig [5]) bil-

100) Außer Malblancs klaſſiſchem Werke de iureiurando. *Norimbergae 1781.* 8. und den ſchon an einem andern Orte dieſes Commentars 4. Th. §. 341. Not. 27. S. 542. angeführten Schriften, verdienen hier noch folgende bemerkt zu werden. F. W. Oesfeld über die Eidesleiſtungen. Berlin 1779. Juſtus von Schmidt genannt Phiſeldek über den Eid. Helmſtädt 1798. Joh. Ernſt Chriſt. Schmidts Gedanken über den Eid, nebſt einem Nachtrage von Grolman, in Deſſelben Magazin für die Philoſophie des Rechts und der Geſetzgebung 1. Bandes 2. Heft Nr. III. et IV. S. 99. u. ff. Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuſer) vom Eide. Leipzig 1785. Joſ. Maria Schneidt der Eid, aus dem Geſichtspunct der geſetzgebenden Klugheit betrachtet. Wirzburg 1785. 8. Carl Gottl. Anton philoſophiſche Prüfung der verſchiedenen Meinungen über den Eid. Leipzig 1803. u. Chriſt. Gottl. Konopak über den Eid, in Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſ. in den Preuß. Staaten 11. Band S. 199. ff. Die Geſetze dieſes Titels der Pandecten erläutert *Guil.* BARCLAIUS in Comm. ad Tit. Pand. de iureiur. in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 910. ſqq. Ueber den Titel des Codex de rebus credit. et iureiur. aber hat *Ianus a* COSTA in Praelect. ad illuſtrior. quosd. titulos, locaque ſelecta iuris civ. pag. 144. ſqq. commentirt.

1) Princip. iuris canon. §. 329.

2) Doctr. de iureiur. §. 6.

billigen dieſen Begriff, und zwar vorzüglich aus dem Grunde, weil er mit der Vorſtellung der meiſten Menſchen vom Eide übereinſtimme. Allein dagegen iſt ſchon von andern [6]) erinnert worden, daß die Berufung auf Gottes Zeugniß, ſo wie die ausdrückliche Aufforderung Gottes zur Strafe weder zur Beſtimmung des Begriffs vom Eide nothwendig erfordert werde, noch auch überhaupt ſchicklich, und der Majeſtät des höchſten göttlichen Weſens anſtändig ſey. Es ſoll vielmehr durch den Eid blos das deutliche Bewußtſeyn der Pflicht, die Wahrheit zu ſagen, oder ſein Verſprechen zu halten, bey dem Schwörenden auf eine Art erweckt werden, daß man mit größerer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Wahrhaftigkeit des Verſichernden nicht getäuſcht zu werden [7]). Nun können die Gründe, um deren Willen man einer gegebenen Verſiche-

 rung

3) Diſſ. cit. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti §. 1.

4) Diſſ. de indole iuriſiurandi in iudicio delati. *Lipſiae 1786.* §. 1.

5) Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit zur Gründung des hiſtoriſchen u. gerichtl. Beweiſes 2. Th. S. 19. und S. 95.

6) S. *Car. God. de* WINCKLER Flores ſparſi ad doctrinam de iureiurando. *Lipſiae 1789.* Obſ. 1. et 2. Anton philoſoph. Prüfung der verſchiedenen Meinungen über den Eid S. 4. u. ff. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutſchen peinlichen Rechts 2. Th. §. 372. Not. n. S. 455. f.

7) In dieſer Rückſicht ſagt KLEINSCHROD in Specim. reſolv. quaeſtionem: Num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praeſtito queat? *Wirceburgi 1798.* §. 9. IUSIURANDUM eſt *ſolemnis declaratio, qua quis ſcire ſe profitetur, et notum habere, impoſitum ſibi a religione, cui adhaeret, officium, colendi ſemper veritatem.*

rung traut, von zweyerley Art ſeyn. Entweder blos relative, weil die Verſicherung gerade von dem Individuum geſchieht, das ſie giebt, und weil ſie in Beziehung auf ein Verhältniß gegeben wird, von dem man überzeugt iſt, es ſey der verſichernden Perſon zu theuer, als daß ſie es durch Falſchheit entheiligen werde; oder abſolute Gründe, das heißt, ſolche, die vernünftigerweiſe bey jedem Menſchen für mächtig gehalten werden müſſen, ihn zur Ausſage der Wahrheit und Haltung ſeines Verſprechens zu vermögen, nämlich das Verhältniß des Menſchen zu demjenigen, den er in ſeinem Innern als den unbeſtechlichen Richter und Vergelter ſeiner pflichtgerechten und pflichtwidrigen Handlungen anerkennt, — zu Gott dem Allſehenden, Gerechten, und Allmächtigen. Nur ſolche Gründe ſind es, welche der Eid enthält, der alſo nach ſeinem wahren Begriff in einer durch Berufung auf Gott, als den Allwiſſenden und Gerechten, gegebenen Verſicherung beſteht [8]). Eine Betheurung, welche dadurch geſchieht, daß die Glaubwürdigkeit einer Sache in eine Beziehung auf etwas anders geſetzt wird, was, außer dem höchſten Weſen, für den Verſichernden einen beſondern Werth oder Heiligkeit hat, wird zwar auch ein Eid genennt, aber doch nur im allgemeinen oder uneigentlichen Sinn des Worts. So z. B. kann man bey ſeiner Ehre und Treue, bey ſeinem Leben, bey ſeiner Geſundheit, oder auch bey dem Leben und der Wohlfahrt einer andern uns vorzüglich theuren oder ehrwürdigen Per-

8) S. Antons philoſ. Prüfung der verſchied. Meinungen über den Eid. S. 3. Gros Lehrbuch der philoſoph. Rechtswiſſenſchaft. §. 235. und Schneiders vollſtändige Lehre vom rechtlichen Beweiſe §. 55.

Perſon ſchwören[9]). So ſchwur Joſeph bey dem Leben des Königs Pharao[10]). Die Römer ſchwuren zur Zeit des Heidenthums beym Genius des Kaiſers[11]), nach Einführung des Chriſtenthums aber bey dem Haupt, Leben und Wohlfahrt des Kaiſers[12]). Der Mennonit verſichert bey Mannenwahrheit. Daß auch eine ſolche Betheurung die Kraft eines Eides wenigſtens inſoweit habe, als die Geſetze ihr dieſelbe beygelegt, oder die Parthеyen ſich hierüber vertragsmäßig verglichen haben, leidet keinen Zweifel.

9) Hierauf nimmt THIBAUT im Syſt. des P. R. 1. Th. §. 113. der neueſten Ausgabe Rückſicht, wenn er ſagt: unter dem Eide ſey jede Betheurung unter Anrufung eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenſtandes zu verſtehen. Man ſehe auch Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 118. der neueſten Auflage.

10) 1. Buch Moſis XLII. *v. 15.*

11) L. 13. §. 6. D. de iureiur. Si quis iuraverit in re pecuniaria *per genium Principis*, dare ſe non oportere, et peieraverit; vel dari ſibi oportere; vel intra certum tempus iuraverit ſe ſoluturum, nec ſolvit: Imperator noſter cum Patre reſcripſit, fuſtibus eum caſtigandum dimittere, et ita ſuperdici: προπετῶς μὴ ὄμνυε, id eſt, *temere ne iurato.* S. *Alb. Phil.* FRICK Disquiſit. de iuramendo per genium principis. *Helmſtadii 1768.* 4.

12) TERTULLIANUS *Apologet. cap. 32.* bezeugt dies, wenn er daſelbſt ſagt: Sed et iuramus, ſicut non *per genios Caeſarum*, ita *per ſalutem eorum*, quae eſt auguſtior omnibus geniis. Man ſehe auch *L. 41. Cod. de Transact.* ZOSIMUS Lib. V. cap. 49. et 51. gedenkt des unter Honorius üblich geweſenen Eides *per caput imperatoris*, und ſagt von demſelben in einem gewiſſen Falle: Ἐπεὶ δὲ κατὰ τῆς τοῦ βασιλέως ὀμωμόκεσαν κεφαλῆς, οὐκ εἶναι θεμιτὸν αὐτοῖς εἰς τὸν τοσοῦτον ὅρκον ἐξα-

ſel[13]). Ulpian ſagt *L. 5. pr. D. h. t.* Quod ſi exegi, ut *per ſalutem tuam* iurares, et iuraſti, ſtabitur: *omne enim omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis ſibi iurari, idoneum eſt: et, ſi ex eo fuerit iuratum, Praetor id tuebitur.* Dahingegen ſagt eben dieſer römiſche Juriſt *L. 33. D. eodem.* Qui *per ſalutem ſuam* iurat, licet *per Deum* iurare videtur, (reſpectu enim divini numinis ita iurat,) *attamen, ſi non ita ſpecialiter jusiurandum ei delatum eſt, iuraſſe non videtur: et ideo ex integro ſolenniter iurandum eſt.* So wird auch die Verſicherung des Mennoniten bey Mannenwahrheit dem Eide gleichgeachtet, und begründet Eidespflicht[14]). Außerdem aber kann eine unter Berufung auf Ehre, Treue, und

ἐξαμαρτεῖν. i. e. *Sed quoniam per imperatoris caput iuratum eſt, a tanti iuramenti religione recedere nullo modo fas eſt.* Carl der Große verbot jedoch dieſen Eid. Man ſehe deſſen Verordnung in *Pet.* GEORGISCH Corp. iur. german. pag. 1164.

13) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 6. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8.

14) S. Reichs-Viſitationsſchluß vom Jahr 1768. in Balemanns Sammlung der Viſitationsſchlüſſe die Verbeſſerung des Kaiſerl. Reichskammergerichtl. Juſtizweſens betreffend. S. 86. Bey andern Perſonen, als den Mennoniten, findet dieſes nicht Statt, auch nicht bey den Hernhuthern. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 373. Not. x. S. 459. Auch ſelbſt bey den Mennoniten nur dann, wenn ihnen vom Gegentheil der Eid deferirt, oder vom Richter aufgelegt wird. Denn gegen einen Dritten hat ihr Zeugniß nicht die völlige Wirkung eines beſchwornen Zeugniſſes, ſo daß darauf in einer wichtigen Sache ein verdammendes Urtheil gebauet werden könnte. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 7. pag. 19. §. 113. pag. 492.

und dergleichen geſchehene Verſicherung in Abſicht auf die rechtlichen Wirkungen für keinen Eid gehalten werden [15]). Denn bey allen dieſen kommt es blos auf die relativen Geſinnungen an, welche der Menſch von ihnen hat, der das Verſprechen oder die Auſſage thut. Wenn hingegen der Menſch unter ausdrücklicher Berufung auf Gott, als den Allwiſſenden und Gerechten, an den er glaubt, und den er als ſeinen Richter und Vergelter anerkennt, etwas betheuert, dann hat er ſich die Verbindlichkeit auferlegt, die ihn zur unverbrüchlichſten Wahrheit und Beſtändigkeit auffordert, und den Staat zum unzweifelhafteſten Glauben an ſeine Verſicherung berechtiget. Zum eigentlichen Begriff des Eides iſt alſo ausdrückliche Berufung auf Gott erforderlich. Wie ſich der Menſch die Gottheit denkt, iſt gleichgültig [16]). Daher iſt auch der Schwur, den ein Heide auf das von ihm als Gott verehrte Weſen ablegt, vollkommen hinreichend, um die Eidespflicht zu bewirken [17]).

Genug

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 332. und Tittmann in dem angef. Handbuche des P. R. 2. Th. §. 372. S. 456. Anderer Meinung iſt zwar *Ant.* MATTHAEUS de criminibus Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 4. Man vergleiche jedoch *Herm.* ZOLL D. de promiſſionibus generoſa fide vallatis. *Rintel 1695.* Cap. 6.

16) *L. 5. §. 1. D. h. t.* ſagt: iuriiurando, *quod propria ſuperſtitione iuratum eſt*, ſtandum. Unſer Erlanger Pandecten Codex lieſet zwar hier, *non* ſtandum. Eben ſo Baudoza. Allein unrichtig. Das Anſehen des Florentiniſchen Codex und der Baſiliken Tom. III. pag. 119. widerſtreitet. S. IAUCH Meditat. critic. de negationibus Pandectar. pag. 20. In dem Gebauerſchen Corpus iuris iſt dieſes nicht bemerkt worden.

17) S. MATTHAEUS de criminib. Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 1.

Genug wenn der Schwörende die Gottheit, welche er anruft, als ein über ihn gebietendes Weſen anerkennt. Ueberhaupt aber kommt es bey der Beſtimmung des Begriffs vom Eide blos auf die Erinnerung an Gott und ſeine Gebote an. Eine Verzichtleiſtung auf Gottes Gnade, auf zeitliche und ewige Glückſeligkeit [18]), iſt dazu nicht erforderlich, und enthält, wie Garve [19]) mit Recht ſagt, eine Ungereimtheit und eine Unmöglichkeit. „Eine Ungereimtheit, weil kein Menſch ſeiner Glückſeligkeit, und dem, was er dazu für nothwendig hält, entſagen, noch ſeinen Willen dazu geben kann, ewig elend zu ſeyn. Eine Unmöglichkeit, weil ja Gottes Rathſchlüſſe und Verfahren in Abſicht des Menſchen ſich nicht nach deſſen ausgeſprochenen Worten, oder nach ſeiner Einwilligung richten." Es ergiebt ſich aus dem allen, daß Cicero [20]) das Weſen des Eides ganz richtig beſtimmt, wenn er ſagt: *iusiurandum eſt affirmatio religioſa*, d. i. eine durch Religion verſtärkte Verſicherung. Er kann hierunter, wie auch Garve

18) Daher iſt der Begriff, den Schmidt genannt Phiſeldeck in der angef. Abhandlung über den Eid §. 2. giebt, wenn er ſagt, der Eid ſey eine feyerliche Bekräftigung irgend einer Behauptung, bey welcher der Schwörende auf den Fall des vorſätzlichen Hintergehens ſich derjenigen Wohlthaten ausdrücklich begiebt, die er vermöge ſeiner Religionsgrundſätze von der Gottheit hofft, wie er ſelbſt Not. *. S. 3. einräumt, nicht philoſophiſch richtig. Siehe auch Antons philoſoph. Prüfung der verſchiedenen Meinungen über den Eid. S. 4. u. 5.

19) In den philoſoph. Anmerkungen u. Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 3. Buch. S. 275. ff.

20) *De officiis Lib. III. cap. 29.*

ve[21]) bemerkt, nichts anders anzeigen wollen, als daß die höhere Verbindlichkeit des Eides entweder aus der ſtärkern Bekräftigung herkomme, welche in der Berufung auf Gott liegt, oder aus dem größern Gewichte, welches alle Pflichten durch das Andenken an denſelben bekommen. Die Richtigkeit dieſer Bemerkung ergiebt ſich aus folgenden Worten, die hier einen Platz verdienen. *Quod autem affirmate, quaſi Deo teſte, promiſeris*, ſagt Cicero, *id tenendum eſt. Iam enim non ad iram Deorum, quae nulla eſt, ſed ad iuſtitiam et ad fidem pertinet.*

§. 790.

Materie und Form des Eides. Was wirkt eine Verſicherung an Eides Statt?

Das Weſentliche bey einem Eide, oder die Materie deſſelben beſteht nun in einer beſtimmten Berufung auf Gott, als den Allwiſſenden und Gerechten. Mit welchen Ausdrücken und Umſchreibungen dieſes geſchieht, iſt gleichviel. Jedoch iſt ein Unterſchied zwiſchen gerichtlichen und außergerichtlichen Eidesleiſtungen. Bey den Eidesleiſtungen der erſten Art iſt die Formel gewöhnlich vorgeſchrieben. Sie fängt ſich insgemein mit den Worten an: Ich ſchwöre zu Gott dem Allwiſſenden und Allmächtigen oder Gerechten; und ſchließt ſich mit den Worten: So wahr mir Gott helfe, und ſein heiliges Wort oder Evangelium[22]). Bey den außer-

21) Am angef. O. S. 274.

22) Dieſe Formel iſt in dem Paſſauer Vertrage vom Jahr 1552. §. 10. und den Separat-Artikeln §. 3. ferner in dem

außergerichtlichen Eiden hingegen iſt keine Schwörungsformel vorgeſchrieben. Eine jede Formel iſt alſo hier zuläſſig und gültig, welche vim iurisiurandi ausdruckt, in ſofern nur die ernſtliche Abſicht, ſich dadurch eidlich verbindlich machen zu wollen, daraus deutlich abzunehmen iſt. Daß dieſe Abſicht durch die Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, zu erkennen gegeben werde, leidet keinen Zweifel[23]). Eben dies iſt von der Formel: So wahr ich denke ſelig zu werden, oder bey meiner Seelen Seeligkeit, zu behaupten[24]), wenn gleich bey ge-

dem Reichsabſchiede v. J. 1555. §. 107. u. dem Concept der C. G. O. Th. 1. Tit. 71. den Katholiken und Augsburgiſchen Glaubensverwandten in Gemäßheit des *cap.* 4. *X. de iureiur.* vorgeſchrieben. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 93. pag. 378. Ernſt Ferd. Klein über die Schlußformel des Eides; in deſſelben vermiſchten Abhandlungen über Gegenſtände der Geſetzgebung u. Rechtsgelehrſamkeit 1. Band St. 3. Nr. IV. u. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſeri* Meditat. ad Pand. Tom. II. Faſc. I. Obſ. 302. Sollte jedoch der Richter auch eine andere gleichbedeutende Formel gebraucht haben, welche das Weſentliche eines Eides enthält, ſo iſt darum die Ableiſtung des Eides nicht für ungültig zu halten. S. von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß. S. 109. der neueſten Auflage (Magdeburg 1805.) und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe §. 482.

23) Anderer Meinung iſt zwar CARPZOV P. II. Conſt. XVI. Def. 6. Allein man ſehe *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 58. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 43. §. 2. und MALBLANC cit. Doctr. §. 7. pag. 16. Not. 5.

24) S. BOEHMERI Exercitat. ad Pand. Tom. III. Exercit. L. Cap. 2. §. 14. not. gg. pag. 382. und Fried. von Bülow's und

gerichtlichen Eiden dieſe Formel nicht für hinreichend gehalten wird [25]). Bey auſſergerichtlichen Eiden wird auch die Formel: an Eides Statt für hinreichend gehalten [26]), ſofern nicht die Geſetze oder der Gerichtsgebrauch in einzelnen Fällen auch bey auſſergerichtlichen Geſchäften einen förmlichen Eid erfordern [27]). Denn derjenige, von dem eine Angelobung unter

und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Band Erört. XXXIII. S. 177.

25) S. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 83. und von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilprozeß 2. Abſchn. 3. Kap. S. 110. der neueſten Auflage. Magdeburg 1805.

26) Vergl. *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Q. 9. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2. von Bülow's u. Hagemanns pract. Erörterungen 1. Band Erört. XXXIII. S. 177. Anderer Meinung ſind zwar BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 1. Not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. Cor. 2. und Gmelin von Aufſätzen über Verträge. §. 15. S. 20. ff. Allein man ſehe MÜLLER in Obſervat. pract. ad Leyſerum Tom. II. Faſc. 1. Obſ. 302. pag. 57.

27) So z. B. iſt dieſe Formel nicht hinreichend, wenn von dem eidlichen Verſprechen eines Minderjährigen die Rede iſt, wodurch die Rechtswohlthat dieſes Alters ausgeſchloſſen werden ſoll. S. Quiſtorps Beyträge Nr. 24. S. 378. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 9. not. z. Man vergleiche auch den 5. Th. dieſes Commentars §. 458. S. 558. Man rechnet hierher gewöhnlich auch die eidliche Entſagung der Auth. *Si qua mulier*, wenn ſich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgen will. S. LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. Cor. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſ.

unter dieſer Formel geſchieht, unternimmt ſie eingedenk der Eidesformel, und unter der ſtillſchweigenden Zuſage, daß ihm die einfache Verſicherung eben ſo heilig ſey, als die förmliche [28]). Durch die Formel: an Eides Statt, wenn unter derſelben z. B. eine Entſagung geſchehen iſt, wird daher unſtreitig das Gewiſſen eben ſo ſtark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Weſen des Eides enthält [29]). In den Gerichten wird jedoch eine Angelobung an Eides Statt nur bey geringfügigen und ſummariſchen Sachen zugelaſſen [30]); und die Verletzung derſelben wird auch nicht mit der ordentlichen Strafe eines wahren Meineides belegt [31]).

§. 791.

ciſ. P. I. Deciſ. 12. pag. 213. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol IV. Obſ. 598. nr. 5. Allein außer Zweifel iſt dieſes nicht. Die Nothwendigkeit eines förmlichen und körperlichen Eides läugnen in dieſem Falle PUFENDORF Tom. I. Obſ. 43 §. 2. von Bülow u. Hagemann in den pract. Erörterungen 1. Band Erört. 33. und Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2.

28) S. Tittmanns Handbuch des deutſchen peinlichen Rechts 2. Th. §. 373.

29) v. Bülow's u. Hagemanns pract. Erörterungen a. a. O. S. 177.

30) S. EMNINGHAUS ad *Coccejum* l. c. Tom. II. pag. 146. not. x. und *Io. Chriſt.* HARTUNG Diſſ. de formula an Eides Statt. *Ienae 1690.* Th. 16.

31) S. Quiſtorps Grundſ. des peinl. Rechts 1. Th. §. 135. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 419. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 98.

§. 791.

Feyerlicher oder körperlicher und nicht feyerlicher Eid.

In Anſehung der Art, wie der Eid geleiſtet wird, kann derſelbe entweder ein feyerlicher oder nicht feyerlicher ſeyn, je nachdem derſelbe entweder mündlich nach einer vorgeſchriebenen Formel und mit gewiſſen äußerlichen Förmlichkeiten abgelegt wird, oder nicht. Die Formalitäten, welche bey einem ſolennen Eide zu beobachten ſind, ſind von zweyerley Art [32]).

I. Gewöhnliche. Zu dieſen gehört

1) Die Erklärung des Eides, und Belehrung von der Wichtigkeit und Heiligkeit dieſer Handlung, womit zugleich eine Warnung vor dem Meineide, und deſſen bürgerlichen und geiſtlichen Folgen verbunden wird. In Abſicht auf die Nothwendigkeit einer ſolchen Warnung gilt kein Anſehen der Perſon, und es iſt ganz unrichtig, wenn einige [33]) die Warnung nur bey gemeinen, nicht hinlänglich aufgeklärten, oder verdächtigen Perſonen erfordern. Es iſt vielmehr die Eideswarnung, zur Sicherung des Gegners desjenigen, der den Eid ableiſten ſoll, ganz allgemein nicht nur als nützlich, ſondern auch als nothwendig ein-

32) S. *Iac. Frid.* LUDOVICI Disp. de ſolennibus iuramentorum. *Halae 1702.*

33) *Sam.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12. von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß 5. Abſchn. S. 265. der neueſt. Aufl. und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe. §. 480.

eingeführt, und dem Richter ſteht es nicht frey, blos nach ſeiner Willkühr, ohne die Einwilligung der Gegenparthey, eine Ausnahme von der Regel zu machen [34]. Nur in Anſehung der Art, wie ſie geſchieht, kommt es

a) auf die Qualität der Perſon an, die einen Eid ſchwören ſoll, indem ſie freylich bey ſolchen Perſonen, bey denen man in Rückſicht ihres Standes, ihrer Erziehung und ſonſtigen bürgerlichen Verhältniſſe keine vollkommen richtigen Begriffe von der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides mit völliger Zuverläſſigkeit vorausſetzen kann, nachdrücklicher und ernſtlicher geſchehen muß, als bey ſolchen, welchen man desfalls beſſere Begriffe zutrauen kann. Der höhere Stand an und für ſich giebt jedoch hierin noch kein Vorrecht vor dem niedern Stande. Denn daß jenem eine ſtrengere Gewiſſenhaftigkeit, und regere Gefühle der Pflichten gegen Gott und ſeinen Nebenmenſchen mehr eigen wären, als dem niedern Stande, läßt ſich wohl mit völliger Zuverläſſigkeit nicht vorausſetzen, da nicht ſelten bey dem letztern mehr wahre Moral und Religion angetroffen wird.

b) Auf die Qualität des Objects. Denn je wichtiger der Gegenſtand des Eides iſt, je größer daher die Verſuchung zu einem Meineide iſt, deſto nachdrücklicher muß die Warnung geſchehen.

c) Auf die Urſache der Eidesleiſtung, nämlich ob Jemand als Parthey, oder blos als Zeuge ſchwören ſoll,

34) Man vergleiche hier vorzüglich Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 2. Band Erört. 15. S. 169. u. ff.

ſoll, da letzter insgemein weniger, als erſter, intereſſirt iſt [35]).

2) Leiſtung des Eides vor Gericht [36]). Ob er vor dem ordentlichen, oder vor dem commiſſariſchen Richter abgelegt wird, iſt gleichgültig [37]). Es muß nur der competente Richter ſeyn, bey welchem die ſtreitige Rechtsſache anhängig iſt [38]). Der von einem incompetenten Richter abgenommene Eid hat nur die Wirkung eines außergerichtlichen [39]).

3) Mannsperſonen müſſen bey der Abſchwörung die drey vorderſten Finger der rechten Hand, den Daumen, Mittel- und Zeigefinger, aufheben, und zwar hat hier der Richter genau darauf zu ſehen, daß der Schwörende die aufgereckten Finger einwärts gegen das Geſicht zu kehre, weil der gemeine Mann den Aberglauben hat, daß durch die entgegengeſetzte Richtung der Finger die Folgen eines falſchen Eides ab-

N 2 gewen-

35) S. *Guſt. Henr.* MYLII Diſſ. de officio iudicis et clerici in actu admonitionis de vitando periurio. *Lipſiae* 1737. Desſ. über Eidesleiſtungen §. 32. und Seiler über Eidesverwarnung zum Gebrauch in den Gerichten. Erlangen 1791. 4.

36) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 107. „vor Richter oder Gericht." In der Regel muß der Eid an der ordentlichen Gerichtsſtelle abgelegt werden, doch finden auch Ausnahmen Statt. S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß. 1. Th. §. 300. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe §. 485. u. Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 375. Not. h. S. 463.

37) Tittmann a. a. O. §. 375.

38) Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe. §. 477.

39) Tittmann a. a. O. S. 464.

gewendet werden könnten [40]). Frauensperſonen und Geiſtliche ſetzen dieſe Finger auf die linke Bruſt [41]).

4) Die Eidesformel muß dem Schwörenden vorgeſagt, und von dieſem deutlich von Wort zu Wort nachgeſprochen werden. Iſt der Schwörende ſtumm, ſo muß er ſowohl den ganzen Inhalt des von ihm abzulegenden Eides, als auch die Eidesformel in Gegenwart des Richters niederſchreiben und unterzeichnen [42]). Einer tauben Perſon wird der Inhalt des Eides und die Eidesformel ſchriftlich vorgelegt, und ſie muß alsdann die letztere ableſen [43]). Von dieſer vorgeſchriebenen Formel, nicht, wie andere [44]) ſagen, von der der Eidesleiſtung vorausgehenden Erklärung und Warnung, wird ein ſolcher Eid ein gelehrter Eid genennt [45]); von dem Vorſagen oder Vorleſen der Eides-

40) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1155. und von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß 5. Abſchn. S. 266.

41) Dieſer Gebrauch iſt ſehr alt. Den Grund und Urſprung deſſelben unterſucht Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2.

42) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe. §. 483. und 485.

43) Schneider in der angef. Schrift §. 487.

44) KRESS Comment. ad Art. 107. C. C. C. §. 1. Not. 2. von Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts §. 132. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 119.

45) Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Carls V. welcher die Ueberſchrift hat: Straff derjenigen, ſo einen gelehrten Eyd vor Richter und Gericht meineydig ſchwören. Daß unter einem gelehrten Eide ein förmlich abgefaßter und wörtlich vorgeſchriebener

Eidesformel aber ein geſtabter Eid[46]). Man nennt den ſolennen Eid auch einen körperlichen Eid. Ob dieſes in Beziehung auf den Körper des Schwörenden wegen der Aufhebung der Hand, oder Berührung der Bruſt geſchieht; oder nicht vielmehr in Beziehung auf den Gegenſtand, welcher ſonſt bey der Ableiſtung des Eides berührt wurde, wo es üblich war, die Finger auf Reliquien, oder das Evangelienbuch, oder an des Richters Stab zu legen[47]), iſt ſtreitig. Erſteres behauptet Cujaz[48]), letzteres aber mit mehrerem Grund Merillius[49]).

II. Außerordentliche Feyerlichkeiten, welche nur in gewiſſen Fällen gebraucht werden, um dadurch

 deſto

ner Eid verſtanden werde, haben de BOEHMER in Meditat. ad Art. 107. C. C. C. §. 3. und beſonders WALCH in Gloſſar. germ. interpretat. C. C. Carol. inſervient. voc. Gelehrt. pag. 304. ſqq. aus dem Sprachgebrauche des Mittelalters erwieſen. Man ſehe auch MALBLANC de iureiur. §. 98. pag. 401. Not. 574. und Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 376. Not. y. S. 467.

46) Von ſtaben, welches in der alten deutſchen Sprache ſoviel heißt, als vorleſen oder vorſagen. S. *Chriſt. Frid.* HARPPRECHT de iureiurando ſcriptura praeſtito. *Tüb. 1745.* §. 10. Not. 69. und WALCH in Gloſſar. cit. pag. 305. ſqq.

47) *L. 12. §. 5. C. de reb. credit. et iureiur. L. 12. C. de iudic. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furioſi Nov. 123. cap. 7.* S. Carl Frid. Kopps ausführliche Nachricht der ältern und neuern Verfaſſung der geiſtl. und civil Gerichte in den Heſſen Caſſelſchen Landen. 1. Th. §. 371.

48) Paratitl. ad Tit. Cod. Si adv. vendition. und in Expoſit. Nov. 51.

49) Obſervation. Lib. VIII. cap. 40. Man ſehe auch BRISSONIUS de verbor. ſignificat. v. *Corporaliter.*

deſto mehr Eindruck auf den Schwörenden zu machen. Dahin gehört die Zuziehung eines oder mehrerer Geiſtlichen, die Ueberdeckung des Gerichtstiſches mit ſchwarzem Tuche, Aufſtellung des Crucifixes, Anzündung zweyer Lichter, Berührung des Evangelienbuchs u. d. m.*) Dieſe außerordentlichen Feyerlichkeiten dürfen nicht gebraucht werden, wo ſie nicht hergebracht ſind[50]). Nicht einmal die Zuziehung eines Geiſtlichen iſt ohne beſondere Gründe zuläſſig[51]). In peinlichen Fällen iſt jedoch der Fall häufiger, daß beym Reinigungseide ein oder mehrere Geiſtliche zugezogen werden[52]); als in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten. Hier muß der Schwörende des Meineides ſchon ſehr verdächtig ſeyn, wenn zu dieſen außerordentlichen Feyerlichkeiten geſchritten werden ſoll[53]).

Mit mehreren eigenthümlichen Formalitäten iſt der feyerliche Judeneid verbunden[54]). Sie beſtehen darin.

1) Der

*) S. Juſt. von Schmidt über den Eid. §. 17 ff.

50) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. V. Obſ. 644.

51) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 219. not. d. (der 2. Aufl.) Man ſehe auch MYLIUS de admonitione de vitando periurio, quae fit per clericum.

52) Wieſe Handbuch des gemeinen in Deutſchland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 165. S. 191.

53) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 334. und MALBLANC de iureiur. §. 95.

54) Man vergleiche Cam. Gerichtsordn. Th. 1. Tit. 86. und die Allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. Th. 1. Tit. 10. §. 317. ff. Philipſon über die Verbeſſerung des Judeneides. Neuſtrelitz 1797. Joh. Bernh. Oſan über den Werth des Judeneides vor chriſtl.

Obrig-

1) Der Eid muß in der Synagoge, bey verſammelter Gemeinde, abgelegt werden, wohin alſo auch der den Eid abnehmende Richter ſich zu begeben hat.

2) Der Schwörende muß zwey ſelbſt gewählte Zeugen mitbringen, auch muß der Rabbiner des Orts, oder, an deſſen Statt, ein jüdiſcher Aſſeſſor, oder Gelehrter bey der Handlung gegenwärtig ſeyn. Dieſer Rabbiner, oder Aſſeſſor kann jedoch im Nothfalle auch die Stelle des zweyten Zeugen vertreten.

3) Betrifft der Eid die eigene Sache des Schwörenden, und die Gegenparthey deſſelben iſt ebenfalls ein Jude, der in dem Orte wohnt, ſo muß auch dieſer in Perſon gegenwärtig ſeyn. Dieſem wird von dem Rabbiner oder Aſſeſſor die Strafe des Bannes angedrohet, wenn er etwa ohne Grund auf dem Eid beſtünde, und er beantwortet dieſe Drohung mit Amen.

4) Der Schwörende muß nun ſich durch Abwaſchung der Hände, und durch Anlegung des Gebetmantels und der Gebetſchnur zur Eidesleiſtung vorbereiten.

5) Hierauf folgt die Warnung vor dem Meineide, welche der Rabbiner dem Schwörenden vorhalten muß[55]).

Obrigkeiten. Göttingen 1794. und Joh. Chriſt. Preu Ordnung des jüdiſchen Eides vor chriſtlichen Gerichten. Wallerſtein 1783.

55) Dieſe Warnung lautet nach dem in der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 330. vorkommenden Formular folgendermaſſen: „Ein jeder gläubiger Iſraelit iſt ſchuldig, der Obrigkeit, ſie ſey jüdiſch, oder chriſtlich, bey Rechtsſtreitigkeiten

6) Nach dieſer Warnung muß der Richter mit Beyhülfe des Rabbiners nochmals die Güte zwiſchen beyden Theilen verſuchen.

7) Iſt

ten die Wahrheit zu geſtehen, und ſolche, auf ihr Begehren, mit einem Eide zu bekräftigen. Ein von der chriſtlichen Obrigkeit geforderter Eid iſt alſo, nach der Lehre der Rabbiner, für keinen unrechtmäßiger Weiſe erzwungenen Eid zu achten. Wer daher die chriſtliche Obrigkeit durch einen falſchen Eid hintergeht, oder dabey etwas anders denkt, als er ſagt, der entheiliget den Namen Gottes, und begeht einen Meineid. Der Meineid iſt das ſchrecklichſte Verbrechen, deſſen ſich der Menſch ſchuldig machen kann. Die ganze ſittliche Welt beruhet, (wie die Rabbiner ſagen) auf dreyerley, auf Recht, Wahrheit, und Frieden. Ungerechtigkeit und Lügen ſind alſo ſchon an ſich ſelbſt höchſt ſtrafbare Verbrechen, indem ſie die Zerrüttung der ſittlichen Welt zur Folge haben. Bey einem Meineide kommt der Frevel dazu, daß der Meineidige den Gott der Wahrheit zum Zeugen der Unwahrheit, und den Gott der Gerechtigkeit ſelbſt zur Beſtrafung der Ungerechtigkeit auffordert, und alſo den Namen des Allerhöchſten bey einer ſehr ſchändlichen That mißbraucht. Daher auch die ganze Welt erſchüttert worden, als der Gott unſerer Väter auf dem Berge Sinai die Worte hat hören laſſen: Du ſollſt den Namen des Ewigen, deines Gottes, nicht bey einer Unwahrheit mißbrauchen. Wenn jeder andre Verbrecher durch Buße und Sinnesänderung von der Strafe Gottes ſich befreyen kann, ſo kann doch der Meineidige durch die ſtärkſte Buße, ohne hinlänglichen Erſatz, keine Vergebung hoffen; denn es heißt ausdrücklich: Der Ewige, dein Gott, wird denjenigen nicht ungeſtraft laſſen, der ſeinen Namen bey einer Unwahrheit mißbraucht. Bey einem jeden andern Verbrechen trifft die Strafe blos den Sünder, und die Mitſchuldigen, oder die dem Uebel hätten ſteuern können;

7) Iſt dieſer Verſuch fruchtlos, und beſteht alſo der Gegentheil auf der Ableiſtung des Eides, ſo redet der Rabbiner nun den Schwörenden an:

Wiſſe, daß du nicht nach deinem Sinne und deiner Auslegung der Worte; ſondern nach dem Verſtande, den wir und die Richter mit den Worten verbinden, den Eid ablegeſt.

8) Nach dieſer zweyten Ermahnung tritt der Schwörende vor dem Geſetzſchrank. Der Klopfer öffnet die Thüre des Schranks, nimmt eine bekleidete Thora heraus, und giebt ſie dem Schwörenden in dem Arm.

9) Alsdann wird dem Schwörenden, wenn derſelbe geſchriebenes leſen kann, die Formel des Eides, welchen er ableiſten ſoll, in die Hand gegeben, und er eröffnet den Schwur mit den Worten:

Ich

nen; bey einem Meineide aber leidet die ganze Familie des Verbrechers; ja das ganze Land, in welchem er wohnt, empfindet die darauf folgende göttliche Strafe. Bey einem jeden andern Verbrechen wird dem Verbrecher öfters, durch die Langmuth des barmherzigen Gottes, nachgeſehen; auf einen Meineid aber folgt die Strafe unverzüglich; denn ſo heißt es in dem Propheten Zacharias Kap. 5. V. 4. Ich will den Fluch hervorbringen, ſpricht der Herr Zebaoth, daß er ſoll kommen über das Haus des Diebes, und über das Haus derer, die bey meinen Namen fälſchlich ſchwören, und er ſoll bleiben in ihrem Hauſe, und ſoll es verzehren, ſammt dem Holz und den Steinen."

Ich ſchwöre bey Adonai[56], dem Gott Israels ꝛc. Am Schluß des Eides wird die Bekräftigungsformel beygefügt:

Wenn ich falſch ſchwöre, ſo müſſen mich alle die Strafen treffen, die mir in der geſchehenen Vermahnung angedeutet worden ſind. Amen.

10) Kann der Schwörende nicht leſen; ſo ſpricht er die Eidesformel dem vorleſenden Rabbiner von Wort zu Wort nach. Das Wort *Adonai* darf aber, weil nach jüdiſchen Religionsgrundſätzen die Wiederholung deſſelben, bey eben derſelben Handlung, für ſündlich gehalten wird, nicht vorgeleſen, ſondern muß dem Schwörenden blos auf der in der Schule befindlichen Tafel vorgezeigt werden, damit er ſolches ſelbſt ausſpreche.

11) Bey der Ableiſtung des Eides legt der Jude die rechte Hand auf die moſaiſchen Geſetze, wobey 2. Buch Moſe *XX.* V. 7. aufgeſchlagen wird.

Wird der Eid ohne die bisher beſchriebenen Formalitäten abgelegt, ſo iſt er ein unfeyerlicher Eid, und kann mündlich oder ſchriftlich, mit der Eidesformel, oder durch bloße Angelobung an Eides Statt geſchehen.

§. 792.

Erforderniſſe des Eides. 1) *Veritas.*

Es iſt nun eine Hauptregel, daß der Eid immer den Religionsgrundſätzen des Schwörenden gemäß eingerichtet werde.

56) Das Wort *Adonai* muß mit den hebräiſchen Mitlautern des Worts *Iehovah* bezeichnet ſeyn.

werde. Denn ſonſt würde der Zweck der Eidesleiſtung nicht erreicht werden. Daher wird der Judeneid anders, als ein Chriſteneid gefaßt. Alle Eidesleiſtung ſetzt alſo voraus, daß der Schwörende Religion habe. Daher können diejenigen, welche die Exiſtenz einer Gottheit ganz läugnen, nicht zum Eide gelaſſen werden [57]. Sie werden dann aber auch der Vortheile verluſtig, die für ſie von der Leiſtung eines Eides abhangen [58]. Ein gleiches iſt von denen zu behaupten, die ſich durch einen begangenen Meineid des öffentlichen Zutrauens verluſtig gemacht haben [59]. Ueberhaupt aber werden zu jedem gültigen Eide drey Haupteigenſchaften erfordert, welche in den Geſetzen [60] figürlich die drey Gefährten des Eides (*Comites iurisiurandi*) genennt werden.

I. Der Eid muß in dem nämlichen Sinn abgelegt werden, in welchem er gefordert wird [61]. Dieſer erſte Ge-

57) S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diſſ. de iuramento Athei. *Gedani 1708.* und *Ger. Herm.* MENCKE de eod. arg. *Lipſiae 1713.*

58) S. MALBLANC de iureiur. §. 7. pag. 20.

59) *Can. 5. et 8. Cauſ. XXII. Qu. 5.* MALBLANC cit. loc. pag. 20. nr. 4. und THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts. 3. B. §. 1158. Ob nicht bey dem deferirten Eide eine Ausnahme Statt finde, wird unten weiter erörtert werden. Man ſ. auch Claproths Einleitung in den ord. bürg. Proceß 2. Th. §. 319.

60) *Can. 7. Cauſ XXII. Qu. 1. Can. 2. C. XXII. Qu. 2. et Cap. 26. X. de iureiur. Ern Henr* BOSE Diſſ. de tribus iurisiurandi comitibus. *Lipſiae 1731. Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 331. und Wieſe Handbuch des gemeinen in Deutſchland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 164. S. 186. ff.

61) *Can. 9. Cauſ. XXII. Qu. 5.* Quacumque arte verborum quisque iuret, Deus tamen, qui conſcientiae teſtis eſt, ita hoc ac-

führte wird *Veritas* genennt [62]). Daher dürfen beym Eide keine Mental-Reſervationen gebraucht werden [63]). Denn dieſe beſtehen eben darin, wenn Jemand wiſſentlich mit den Worten des Eides einen andern Sinn verbindet, als der, welcher den Eid ſchwören läßt, und ſich geheime, der Intention deſſelben entgegenſtreitende, Einſchränkungen erlaubt [64]). Solche Mental-Reſervationen laufen auf einen Betrug hinaus, und eine abſichtlich darunter verſteckte Falſchheit wird daher mit Recht als ein Meineid angeſehen [65]). Um keinem ſolchen Vorbehalt

accipit, *ſicut ille, cui iuratur, intelligit.* Sollte über die Intention desjenigen, von welchem der Eid gefordert worden, Zweifel entſtehen, ſo iſt diejenige Erklärung vorzuziehen, welche den Worten, und der Natur des Geſchäfts, worüber geſchworen wird, am gemäßeſten iſt. Daher wird zuweilen auch nach der Intention desjenigen erkannt, welcher den Eid geſchworen hat. *L. 31. L. 39. D. h. t.* S. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diſſ. de interpretatione iuramenti praeſtiti ſecundum intentionem eius, cui iuratur, non ſuscipienda. *Lipſiae 1745.* §. 12.

62) BOSE cit. Diſſ. Cap. II. §. 2. ſagt: VERITAS h. l. eſt declaratio animi noſtri, per verba animo congrua, facta ei, qui iſtam ex iure perfecto, vel imperfecto petere poteſt. — Quam ob rem, quando praeprimis *veritatem ad iuramentum* requirimus, nihil aliud hoc ipſo intelligitur, *quam quod ſigna externa convenire debeant cum animo, ne mendacium proferatur.*

63) S. *Abrah.* KAESTNERI Diſſ. de reſervationibus mentalibus. *Lipſiae 1746.*

64) *Cap. 11. Cauſ. XXII. Qu. 5.* und GRATIAN. *poſt can. 13. Cauſ. XXII. Qu. 5.*

65) STRYK de cautelis iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. 1. nr. 27. STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XVII. Th. 18. et MÜLLER ad Eun-

behalt Raum zu laſſen, iſt es nothwendig, den Inhalt des Eides mit der möglichſten Genauigkeit abzufaſſen.

§. 793.

II. Iudicium. Alter des Schwörenden. Certioration.

Zur Gültigkeit eines Eides wird ferner II. erfordert, daß der Schwörende diejenige Reiſe des Verſtandes und Einſicht habe, daß er nicht nur die Wichtigkeit des Eides kennt, ſondern auch weiß, warum er ſchwört. Man nennt dieſen andern Gefährten des Eides *iudicium*[66]). Unfähig zur Eidesleiſtung ſind daher

1) vernunftloſe und betrunkene Perſonen[67]).

2) Diejenigen, welche noch nicht das Alter erreicht haben, von welchem ſich eine zur Beurtheilung dieſer Handlung hinreichende Einſicht von der Wichtigkeit des Eides erwarten läßt[68]). Das Römiſche Recht hat zwar hierüber nichts beſtimmt. Ulpian ſagt vielmehr in der *L. 26. D. h. t.* Qui iuraſſe dicitur, nihil refert, cuius ſexus *aetatisve* ſit: *omni enim modo cuſtodiri debet iusiurandum adver-*

Eundem lit. β. Man vergleiche auch *de* COCCEJI ius civ. controverſ. h. t. Qu. 4.

66) *Iudicium*, ſagt BOSE cit. Diſſ. Cap. III. §. 1. eſt ea mentis animique diſcretio, ut quis probe ſciat et intelligat, tum quid ſit iusiurandum, tum quid ſit id, de quo iuret.

67) *Can. 16. Cauſ. XXII. Qu. 5.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 319. a. E. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 9. pag. 27.

68) *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de iurantis legitima aetate. *Ienae 1755.* und *Opuſc.* Tom. II.

verſus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Paulus ſcheint zwar das Gegentheil zu lehren, wenn er *L.* 34. §. 2. *D. eodem.* ſagt: *Pupillo non defertur iusiurandum.* Allein daß dieſer römiſche Juriſt nur ſoviel ſagen wolle, einem Unmündigen könne kein Eid mit der Wirkung angetragen werden, daß er ſolchen entweder anzunehmen oder zurückzuſchieben ſchuldig ſey; darin ſind alle Ausleger mit einander einverſtanden [69]. Nach dem römiſchen Recht kann alſo auch ein Unmündiger einen ihm deferirten Eid abſchwören, und der Eid iſt gültig, inſofern er zu deſſelben Vortheil gereicht [70]. Allein eines Meineides kann er ſich nicht ſchuldig machen, wie ebenfalls Ulpian in der angeführten *L.* 26. *D. h. t.* ſagt, wenn es daſelbſt heißt: *Quamvis pupillus non videatur peierare*, quia ſciens fallere non videatur. Das Canoniſche Recht hingegen ſchließt Unmündige vom Eide aus, und ſetzt ein Alter von vierzehen Jahren als den Zeitpunct der Eidesmündigkeit feſt [71]. Ja nach der Praxis wird an vielen Orten

69) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 2. D. h. t. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 286. BARCLAIUS in Comm. ad L. 34. §. 2. D. h t. (in OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 958.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. p. und MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 121.

70) *L. 42. D. de iureiur.*

71) *Can. 14. et 15. Cauſ. XXII. Qu. 5.* S. *Car. Sebaſt.* BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis diſcreti. Part. I. Cap. 2. pag. 24. edit. *Venet. 1777. 4.* und *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. ſingularia quaedam capita doctrinae de iureiurando in ſpecie

Orten zur Ableiſtung gerichtlicher Eide ein Alter von 18 Jahren erfordert [72]). Aus dem zweyten Erforderniß folgt,

3) daß der Regel nach dem Schwörenden der Inhalt und Gegenſtand des Eides vom Richter vor der Ableiſtung erklärt werden muß. Eine ſolche Belehrung wird *Certioratio* genennt, und kommt beſonders in dem Falle vor, wenn der Rechte unkundige Perſonen ſich zuſtändiger Rechtswohlthaten begeben ſollen [73]).

§. 794.

III. Iuſtitia. Entbindung vom Eide.

Der Eid muß III. einen Gegenſtand betreffen, welcher in des Schwörenden Gewalt ſteht, und darf weder den Geſetzen noch den Rechten eines Dritten, auch nicht der Willensfreyheit des Schwörenden zuwider ſeyn [74]). Man nennt dieſen dritten Gefährten des Eides *Iuſtitia.*

cie de iuramentis minorum et impuberum contin. *Vitemb.* 1729. §. 19. et 20.

72) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 331. not. c. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4507. not. b. z. B. die allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 10. Tit. §. 262. u. 263. Sonſt genügt das vierzehenjährige Alter auch ſogar zur Ablegung eines eidlichen Zeugniſſes, wenn keine Bedenklichkeiten obwalten. S. Meiſters rechtliche Erkenntniſſe u. Gutachten in peinl. Fällen. Deciſ. LXXVIII. nr. 32.

73) Vergleiche *Io. Sam.* STRYK Diſſ. de certioratione iurium renunciandorum. *Halae* 1702.

74) *Cap. 18. et 28. X. h. t.*

tia[75]). Der Eid, nach der Gerechtigkeit betrachtet, verbindet daher nicht,

1) wenn er unerlaubte Handlungen zum Gegenſtande hat. Z. B. wenn ſich der Schuldner eidlich verpflichtet, geſetzlich verbotene Zinſen dem Gläubiger zu bezahlen[76]). Dem Gläubiger kann die exceptio doli entgegengeſetzt werden[77]). *Dolo enim facit, qui petit, quod reſtituere oportet eundem*[78]). Auf gleiche Weiſe iſt

2) der Eid unverbindlich, wodurch man ſich zu Etwas verpflichtet hat, was dem Rechte eines Dritten nachtheilig iſt[79]). Z. B. wenn dadurch ein heimliches Eheverſprechen gegen den Willen der Eltern beſtätiget worden[80]). Eben ſo iſt

3) ein Eid ungültig, wenn er durch Zwang, Irrthum, oder Betrug veranlaßt worden iſt[81]). Das Canoniſche Recht ſtellt zwar den Grundſatz auf, daß durch jeden Eid eine beſondere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen

75) S. BOSE Diſſ. cit. de tribus iurisiurandi comitibus. Cap. IV.

76) *Cap. 1. 6. et 20. X. h. t.* Mehrere Beyſpiele findet man *Cap. 18. X. de teſtib. Cap. 4. X. de teſtib. cogend.* Vid. Iuſt. Henn. BOEHMERI ius eccleſ. Proteſtant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. et 26. et LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIV. med. 1. et 2.

77) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 336. not. b.

78) *Cap. 59. de Reg. iuris in 6to.*

79) *Cap. 25. 27. et 28. X. h. t. Cap. 2. de pactis in 6to.*

80) BOEHMER in iur. eccleſ. Proteſt. T. II. Lib. II. Tit. 24. §. 32.

81) *Cap. 28. X. h. t.* et *Cap. 2. de pact. in 6to.*

gegen Gott erzeugt werde[82]); und daher auch ſelbſt die eidliche Beſtärkung unerlaubter Zuſagen, ſo wie der durch Gewalt erpreßte Eid, einer von der geiſtlichen Obrigkeit zu ertheilenden Abſolution bedürfe, um den Schwörenden von der Verbindlichkeit des Eides zu befreyen[83]). Allein dieſe Grundſätze, welche blos auf Erweiterung der geiſtlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit abzielten, finden in den proteſtantiſchen Gerichten keine Anwendung. Bey den Proteſtanten iſt daher ein ſolcher Eid ſchon von ſelbſt ungültig, ohne daß der Schwörende von ſeinem geiſtlichen Obern eine Befreyung ſeines Gewiſſens (*relaxatio iuramenti*) zu erbitten braucht[84]). Es verſteht ſich indeſſen, daß wenn Jemand einen abgeleiſteten Eid aus dem Grunde für ungültig ausgeben will, daß er durch Zwang oder Betrug dazu veranlaßt worden ſey, und daher an der Verfolgung ſeines Rechts nicht gehindert zu ſeyn vorgiebt, eine gerichtliche Unterſuchung und Erkenntniß erforderlich ſey. Allein dieſe Unterſuchung, ſo wie die Nichtigkeitserklärung kann von dem ordentlichen Richter geſchehen[85]).

§. 795.

82) *Cap.* 2. *cit. de pactis in 6to. I. H.* BOEHMERI ius eccl. prot. c. l. §. 21.

83) *Cap.* 1. 2. 8. *et* 15. *X. de iureiur.* BOEHMERI ius eccl. Proteſt. c. l. §. 51. et 52. Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 120. S. 528.

84) MALBLANC de iureiur. §. 121. et 123. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 699. THIBAUT Syſt. des P. R. 3 B. §. 1157.

85) S. von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. 28.

§. 795.

Allgemeine Grundſätze vom Eide.

Eide müſſen ſo ſelten, als möglich, gebraucht werden. So allgemein man auch von der Richtigkeit dieſes Satzes überzeugt iſt, ſo wenig iſt man doch über den wahren Grund deſſelben einverſtanden. Bald ſetzt man ihn darin, daß durch unnöthigen Gebrauch dieſes Mittels der Name Gottes entheiliget werde; bald darin, daß das Feyerliche des Eides, durch den zu häufigen Gebrauch, viel von dem Eindruck verlieren müſſe, welchen es ſonſt auf die Menſchen zu machen im Stande ſey. Allein man hat den wahren Grund verkannt, weil man vergaß, den höchſten Geſichtspunct aufzuſuchen, aus welchem allein gründlich über den Eid geſprochen werden kann. Man muß hier, wie Schmidt[86]) und nach ihm Grolman[87]) gezeigt haben, von dem Grundſatz ausgehen. Der Staat iſt auf das allgemeine Mistrauen erbaut; er ſetzt mithin voraus, daß die Menſchen keine vollendete moraliſche Weſen ſind, und daß kein allgemeiner Glaube an durchgängige Moralität unter den Menſchen Statt finde. Denn wäre dieſes, ſo bedürfte es keines Zwangsgeſetzes, und keiner Geſellſchaft zur Realiſirung deſſelben, — keines Staats. Daraus folgt, daß der Staat ſo wenig, als möglich, auf die Moralität der Bürger bauen ſoll. Dies iſt der Grund, warum der Eid ſo ſelten, als möglich, und nur dann, wenn ſonſt der Staat

86) Joh. Ernſt Chriſt. Schmidt über den Eid, in Grolmans Magazin 1. Bandes 2. Heft. Nr. III. S. 101. ff.

87) Nachtrag zu der Schmidtſchen Abh. im Magazin a. a. O. S. 120. f. u. S. 134. ff.

Staat ſeine Pflichten nicht erfüllen kann, gebraucht werden darf. Es iſt daher Pflicht des Richters, darauf zu ſehen, daß alle unnütze und unnöthige Vervielfältigung der Eide ſorgfältig vermieden werde [88]. Hieraus fließen folgende Wahrheiten her.

1) Ueber irrelevante, zur Entſcheidung des Streitpuncts nichts beytragende Umſtände, oder deren Wahrheit ſelbſt den Beweisſatz unerwieſen läßt, darf kein Eid zugelaſſen werden [89]. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn die Partheyen durch Vertrag von der eidlichen Erhärtung eines an ſich irrelevanten Umſtandes die Entſcheidung ihrer Sache abhängig gemacht haben ſollten [90]. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [91], welche auch dieſe Ausnahme verwerfen, und ſchlechthin behaupten, daß ein an ſich irrelevanter Eid eben ſo wenig durch die Uebereinkunft der Partheyen, als durch die Auctorität eines rechtskräftigen Erkenntniſſes eine Gültigkeit erhalte, ſon-

 dern

88) S. MEVIUS Tom. II. P. VI. Deciſ. 49. nr. 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 69. und PUFENDORF Obſervat. iuris univerſi Tom. II. Obſ. 109.

89) *Cap. 26. X. de iureiur.*

90) WERNHER Obſervat. forens. Tom. I. P. II. Obſ. 494. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten §. 92. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLIX. §. 14. S. 518. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1159.

91) *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum, relatumque. *Goettingae 1772.* §. 12. und *Ge. Steph.* WIESAND Diſſ. de probatione per iurisiurandi delationem caute inſtituenda. *Vitembergae 1790.* §. 7.

dern an und für ſich ein vergeblicher und daher zu verwerfender Eid ſey. Allein man kann jene Ausnahme ohne Bedenken zulaſſen, man muß ſie nur aus dem wahren Geſichtspuncte betrachten, um nicht irre geführt zu werden. Es iſt ja keinem Zweifel unterworfen, daß eine bey Gericht anhängige Streitſache von den Partheyen durch einen Vergleich geendiget werden könne. Es kann folglich auch auf die Bedingung eines abzuleiſtenden Eides ein Vergleich geſchloſſen werden. Der Eid verliert aber freylich in dieſer Eigenſchaft ganz und gar die Natur eines Beweiſes, und geht in einen außergerichtlichen Eid über, welcher die Natur eines Vergleichs hat. Denn als ein gerichtlicher Eid müßte er verworfen werden, weil ein Beweis, der den Beweisſatz nicht in ſich faßt, mit ſich ſelbſt im Widerſpruche iſt. Man kann alſo nicht ſagen, daß in dem gegebenen Falle der Beweis von dem Eide abhängig gemacht werde, ſondern hier iſt, wie die Natur eines außergerichtlichen Eides mit ſich bringt, das Recht ſelbſt vom Vertrage abhängig, von welchem der Eid einen Beſtandtheil ausmacht, der aber eben deswegen von der Eigenſchaft eines Beweismittels gar nichts an ſich trägt. Nach dieſer Anſicht läßt ſich nun auch mit Grund nicht mehr behaupten, daß der Eid vergeblich ſey.

2) Derjenige darf mit keinem weitern Eide belaſtet werden, welcher bereits auf andre Art vollſtändig bewieſen hat. Der Eid würde hier vernunftwidrig und ganz zwecklos ſeyn. Denn ſchon die Vernunft lehrt, das demjenigen, welcher bewieſen hat, kein Eid darüber, daß das Bewieſene wahr ſey, aufgebürdet werden könne. Auch der Zweck des Eides überzeugt uns, daß der Eid hier un-

nütz

nütz ſey. Der Zweck des Eides iſt Herſtellung der juriſtiſchen Gewißheit. Iſt dieſer Zweck durch andere Beweiſe erreicht, ſo fällt der Eid als zwecklos hinweg [92]). Alles dieſes beſtätiget auch noch zum Ueberfluß eine Stelle des canoniſchen Rechts, nämlich *cap.* 2. *X. de probat.* worin der Pabſt ſagt: Sane quoniam apud vos conſuetum eſſe didicimus, ut, cum aliquis intentionem ſuam fundaverit inſtrumentis aut teſtibus, ei ſacramentum nihilominus deferatur, nos, cum tunc demum ad huiusmodi ſit ſuffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deeſſe noſcuntur, talem conſuetudinem reprobamus. Zuweilen kann jedoch derjenige, wider welchen ein ſonſt nach allgemeinen Regeln vollſtändig geführter Beweis vorhanden iſt, ſich dennoch der Eidesdelation bedienen, wenn er ſolche Umſtände in facto anführen kann, welche den Beweis zweifelhaft und verdächtig machen [93]). Folgender Fall, welcher unſerer Facultät zur Entſcheidung vorgelegt wurde, giebt hiervon ein treffendes Beyſpiel. Eine hieſige reiche Wittwe D. verkaufte an einen gewiſſen Candidaten W. ein Haus. Nach dem Tode derſelben klagten deren Erben auf die Bezahlung des Kaufgeldes, weil ſich in den Rechnungsbüchern ihrer Erblaſſerin durchaus nichts fand, daß die Kaufſumme bezahlt ſey, da doch andere minder erhebliche Einnahmepoſten genau darin verzeichnet waren. Der Beklagte ſetzte der Klage die Einrede der geſchehenen Bezahlung des Kaufſchillings entgegen, und berief ſich auf

92) S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. L. §. 2. S. 521. ff.

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXVI. Meditat. 7. et 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4517.

den gerichtlichen Kaufbrief, worin es hieß, daß die Kaufſumme bezahlt ſey. Dennoch wollten ſich die Kläger dabey nicht beruhigen, ſondern deferirten dem Beklagten den Eid. Die Juriſten Facultät in Tübingen erkannte in Gemäßheit des *cap. 2. X. de probat.* daß die Eidesdelation nicht Statt habe. Durch Einwendung eines Rechtsmittels kamen die Acten an unſere Facultät. Hier führten die Kläger noch neue, ſehr wichtige Gründe an, die den Beweis des beklagten Käufers ſehr zweifelhaft machten. Es wurde die Gerichtsperſon abgehört, welche den Kauf aufgenommen, und den Kaufbrief ausgefertiget hatte. Dieſe bezeugte, daß wenigſtens die Kaufſumme nicht gerichtlich bezahlt worden ſey, ſondern der Kaufbrief ſey aus der Punctation ausgefertiget worden, und darin habe geſtanden, daß die Kaufſumme bezahlt ſey. Dieſe Punctation ſey vom Käufer producirt worden, und weil ſie von beyden Theilen unterſchrieben geweſen, ſo habe man bey Gericht den Inhalt derſelben für wahr angenommen. Es wurde hierauf auch der Rechtsbeyſtand der Verkäuferin, der Prozeßrath B. abgehört, welcher die Punctation aufgeſetzt hatte. Auch dieſer verſicherte eidlich, er habe keine Bezahlung geſehen, ſondern habe der Verſicherung des Käufers getrauet. Dazu kam nun noch der wichtige Umſtand, daß der Käufer eben derjenige war, welcher bey der Verkäuferin, die ihres Alters wegen etwas ſchwachmüthig wurde, das Rechnungsweſen führte. Unter dieſen Umſtänden fanden wir kein Bedenken die geſchehene Eidesdelation für zuläſſig zu erkennen.

3) Eine Eideszuſchiebung darf nicht mit andern Beweismitteln über einen und denſelben Umſtand

zugleich und unbedingt verbunden werden. Es leidet zwar keinen Zweifel, daß derjenige, dem ein Beweis obliegt, über verſchiedene Umſtände, wenn ſie auch vereint auf einen Zweck wirken, ſich verſchiedener Beweismittel bedienen, und über einige Puncte ſeinem Gegner den Eid deferiren könne, während über andere Puncte der Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt wird [94]. Allein gegen die Vernunft würde es ſtreiten, wenn der Beweisführer bey dem Verſuch eines noch nicht mislungenen Beweiſes, den er durch Zeugen oder Urkunden angetreten hat, zugleich ſeinem Gegner über denſelben Beweisſatz unbedingt den Eid antragen wollte. Denn der Eid erzeugt einen vollkommenen Beweis. Würde derſelbe während der Vollführung eines andern Beweismittels geleiſtet, ſo würde dieſe als zwecklos erſcheinen, oder es würde von einem Eide nicht mehr die Rede ſeyn können, wenn ſein Zweck durch andere Beweismittel ſchon erreicht wäre, ehe es zur Eidesleiſtung kam. Eine unbedingte und copulative Verbindung der Eidesdelation mit andern Beweismitteln über den nämlichen Streitpunct iſt demnach immer und ohne Einſchränkung unerlaubt [95]. Hat ſich der Beweisführer dieſer widerſprechenden Verbindung dennoch bedient, ſo muß der Richter die Eidesdelation verwerfen [96]. Eine andere Frage aber iſt, ob nicht wenigſtens

 eine

94) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. I. §. 6. Püttmanns Referir- und Decretirkunſt §. 112. Not. a. S. 82.

95) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. L. §. 4. S. 523.

96) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 6. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 45. Chriſt. Wilh. Wehrn

eine eventuelle oder ſubſidiariſche Cumulation auf den Fall Statt finde, daß die neben der Eideszuſchiebung vorgelegten Beweismittel nicht nach Wunſch ausfallen ſollten? Mehrere Rechtsgelehrten [97]) gehen ſoweit, auch dieſe Verbindungsart zu verwerfen. Allein, da hier keiner der angeführten Gründe im Wege ſteht, ſo läßt ſich die Zuläſſigkeit einer ſolchen eventuellen Cumulation nicht füglich bezweifeln [98]). Es ſteht ja nach dem gemeinen Rechte und dem Gerichtsgebrauche dem Beweisführer immer noch frey, ſich der Eideszuſchiebung zu bedienen, wenn der verſuchte Beweis mißlungen iſt [99]). Warum ſollte alſo dieſelbe nicht auf dieſen Fall ſchon vorläufig

Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 58. *Chriſt. Gottl.* BIENER Syſt. proceſſus iudiciarii Tom. I. §. 98. not. 7. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 57.

97) RENNER ad *Schaumburgii* Princip. c. l. pag. 35. Nettelbladt practiſche Rechtsgelahrtheit §. 750. KROHN (oder ELSAESSER) Selecta capita de probatione et reprobatione. Obſ. 6. *Ge. Steph.* WIESAND Diſſ. de probatione per iurisiurandi delationem caute inſtituenda. §. 8. und Danz Grundſätze des ordentlichen bürgerl. Prozeſſes §. 238.

98) Man vergleiche PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 151. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 13. Püttmann a. a. O. KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 57. *Henr. Gottf.* BAUER Reſponſor. ex iure vario Vol. I. Reſp. 23. und vorzüglich Gönner a. a. O. §. 5. u. ff.

99) *L. 12. C. de reb. cred. Nov. LXVIII.* cap. 4. MEVIUS P. IV. Deciſ. 5. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 812. Danz Grundſ. des ordentl. bürg. Prozeſſes §. 371. und von Bülow und Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Band Erört. LVII.

läufig mit andern Beweismitteln cumulirt werden können? Ueberdem erlaubt das Canoniſche Recht[100]) den Eid: cum aliae legitimae probationes deeſſe noſcuntur. Dieſer Fall iſt ja nun hier vorhanden. Hierzu kommt endlich, daß derjenige, welchem ein Eid zugeſchoben wurde, und, ſtatt deſſelben, die Gewiſſensvertretung wählte, noch nach mißlungenem Verſuche der unternommenen Beweisführung zur Annehmung oder Zurückſchiebung des Eides den Rücktritt nehmen könne. Thut nun der Beweisführer nicht das Nämliche, wenn ſein Beweisantritt neben andern Beweismitteln eine eventuelle Eidesdelation enthält, was ſeinem Gegner nach der Eideszuſchiebung durch Gewiſſensvertretung unſtreitig zuſteht? und kann ihm wohl nach dem Princip der Rechtsgleichheit unter den Partheyen dieſe Befugniß abgeſtritten werden? Sollten indeſſen die verſuchten Beweiſe zu einem beſtimmten Reſultate wenigſtens in dem Grade führen, daß nach den Regeln des Prozeſſes auf einen nothwendigen, Ergänzungs- oder Reinigungseid, erkannt werden muß, ſo kann die eventuelle Verbindung der Eidesdelation, welche der Beweisführer unternahm, gar keine weitere Rückſicht verdienen. Der Gegentheil des Beweisführers hat auch nun ein wohlerworbenes Recht, zuvörderſt aus dem vollführten Beweiſe beurtheilt zu werden, ehe man ihn zu einer Einlaſſung auf die Eidesdelation für verbunden achten kann[1]).

4) Niemand kann ſich zum Beweis ſeiner Behauptung oder zur Entkräftung deſſen, was ein Anderer wider ihn be-

100) *Cap. 2. X. de probat.*

1) S. Gönners Handbuch a. a. O. §. 6. 2. Band S. 524. ff.

behauptet hat, zur Ableiſtung eines Haupteides erbieten [2]), zumal wenn ſchon der Beweis gegen ihn geführt iſt. Denn es kann von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich iſt, daß, unter der Vorausſetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuſcht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [3]). Fände nun aber ein ſolches Erbiethen zur Ableiſtung eines Haupteides Statt, ſo würde es ja in der Macht des Schwörenden ſtehen, ſich nach Gefallen andere zum Schuldner zu machen, und eigene Verbindlichkeiten zu vertilgen. Dies iſt es, worauf auch **Ulpian** [4]) uns aufmerkſam macht, wenn er zur Erläuterung der Worte des Prätors: Si *is, cum quo agetur, conditione delata, iuraverit*, hinzufügt: Nec fruſtra adiicitur, *conditione delata*: nam ſi reus iuravit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur; ſibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine ſibi deferente iusiurandum, oneribus actionum ſe liberabit. Man pflegt jedoch den Fall auszunehmen, wenn die Forderung des Klägers an ſich außer allem Widerſpruch, und nur die Größe derſelben nicht genau zu erweiſen iſt [5]). Hier könne der Kläger zur eidlichen Beſtimmung der-

2) S. BIENERI Syſt. proceſſus iudiciar. Tom. I. § 98. und Martins Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 214. Not. o. S. 296. der zweyten Aufl.

3) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 92.

4) *L. 3. pr. D. de iureiur.*

5) CARPZOV P. I. Conſtit. 28. Definit. 34. und *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. II. Deciſ. 50. lit. F. pag. 75.

derſelben zugelaſſen werden. Man nennt dieſen Eid das *iuramentum quantitatis* [6]). Man erwartet ferner bey dem Würderungseide das Erbieten des Siegers zu dieſem Eide, ehe darauf zu erkennen iſt, weil derſelbe nur eine Rechtsbegünſtigung, nicht aber Pflicht für die ſiegende Parthey iſt [7]). Hierüber wird ſich jedoch erſt zu ſeiner Zeit urtheilen laſſen, wenn in der Folge von dieſen Eidesarten gehandelt werden wird.

5) Der Deferent kann den ſeinem Gegner angetragenen, wenn gleich ſchon angenommenen Eid, ſo lange derſelbe noch nicht abgeſchworen worden, nach Willkühr zurücknehmen, und an deſſen Stelle neu aufgefundenen, oder doch noch nicht rechtlich ausgeſchloſſenen andern Beweis ſetzen [8]). Nach den Geſetzen des ältern Römiſchen Rechts hatte zwar eine ſolche Revocation des einmal von dem Gegner acceptirten Eides nicht Statt, weil man die Eidesdelation blos als eine Art von Vergleich oder Vertrag anſahe [9]). Die Acceptation erwarb ihm alſo ein Recht auf Eides-

6) von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Theil Bem. 30. und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 5. Band Erört. IV. §. 2. S. 38. ff.

7) S. Martins Lehrbuch des teutſch. gemeinen bürgerlichen Prozeſſes §. 221. Not. r. S. 305. der zweyt. Aufl.

8) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 54. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 26. not. y. Gönner im Handbuch des gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. XXXIX. §. 4. S. 309. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 92. S. 172. BIENER Syſt. proceſſ. iudic. Tom. I. §. 104. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164.

9) *L. 16. L. 39. Cod. de transact.*

Eidesableiſtung. Allein, um Meineiden vorzubeugen, erlaubt Juſtinian die Zurücknahme des Eides bis zur wirklichen Ableiſtung deſſelben. *L. 11. C. de rebus credit. et iureiur.* ſagt:

Si quis iusiurandum intulerit, et, *necdum eo praeſtito*, poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: ſancimus, *nemini licere penitus iterum ad ſacramentum recurrere*, (ſatis enim abſurdum eſt, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum deſperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare) et iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. *Si quis autem ſacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi voluerit, praeſtare: ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur.* Poſt definitivam autem ſententiam, quae provocatione ſuſpenſa non ſit, vel quae, poſtquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne, repetita lite, finis negotii alterius cauſae fiat exordium.

Man ſucht zwar dieſe Verordnung auf mancherley Art einzuſchränken, allein ohne Grund, wie unten (§. 802.) gezeigt werden wird. Hier iſt nur noch zu bemerken, daß vermöge dieſer Verordnung ein zurückgenommener Eid auf keine Weiſe, und alſo auch in keiner veränderten Form, wieder deferirt werden könne, wenn etwa der unternommene Beweis mißlingen ſollte [10]. Endlich

6) wenn

10) Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 377.

6) wenn einer Gemeinheit oder Corporation der Eid zugeſchoben, oder vom Richter auferlegt worden, ſo wird, um eine zweckloſe Vervielfältigung der Eide, und zugleich einen unnöthigen Koſtenaufwand zu vermeiden, der Eid nicht von allen Mitgliedern abgeſchworen, ſondern nur von einigen, welche von dem ſtreitigen Object die beſte Wiſſenſchaft haben [11]). Es entſteht aber die Frage, wer das Recht habe, diejenigen Mitglieder zu wählen, welche den Eid im Namen der Gemeinheit ſchwören ſollen? Die Rechtsgelehrten ſind deshalb verſchiedener Meinung. Einige [12]) überlaſſen dieſe Wahl dem Gegner der Gemeinheit, weil demſelben daran gelegen ſey, daß der Eid von ſolchen Perſonen geſchworen werde, welche nach ſeiner Einſicht, von der Sache die beſte Wiſſenſchaft haben; die Gemeinheit ſelbſt aber, wenn ihr die Wahl überlaſſen würde, gar leicht ſolche Subjecte wählen könnte, welche leichtſinnig, und der Sache nicht genugſam kundig wären. Andere [13]) unterſcheiden zwiſchen nothwendigen und deferirten Eiden.

Nur

11) *Cap. 26. X. de iureiur. L. 97. D. de condit. et demonſtrat. L. 14. D. ad municipalem.* PUFENDORF Obſervation. iur. univ. Tom. II. Obſ. 124. Joh. Lud. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXX. §. 3. ff. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 3. Band 21. Erört.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 4. *de* BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. P. I. pag. 221. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10.

13) HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 30. und Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 2. Band Nr. IV. S. 55.

Nur in dem letztern Falle ſoll dem Deferenten, in dem erſten aber der Gemeinheit ſelbſt das Recht der Auswahl zuſtehen. Noch andere [14]) behaupten, daß wenn ſich die Partheyen hierüber nicht vereinigen könnten, die Auswahl dem Richter zu überlaſſen ſey. Die richtigſte Meinung iſt aber wohl die, daß, wenn nicht die beſondere Proceß-Ordnung des Landes dem Gegner der Gemeinheit das Recht, die Schwörenden zu ernennen, ausdrücklich verſtattet [15]), die Gemeinheit ſelbſt berechtiget ſey, diejenigen aus ihrer Mitte zu wählen, welche den Eid in ihrem Namen ſchwören ſollen [16]). Denn eines Theils kann man der Gemeinde zutrauen, daß ſie ihre Mitglieder beſſer kenne, als ihr Gegner, um zu beurtheilen, welche die beſte Wiſſenſchaft von der Sache haben, andern Theils aber muß der Gemeinheit auch ſchon darum die Auswahl der Schwörenden überlaſſen werden, weil ſie das auf ihr Gewiſſen nehmen ſoll, was einige aus ihrer Mitte in

14) *Io. Flor.* RIVINUS in Diſſ. de iuramento univerſitatis. *Lipſiae 1731.* §. 9.

15) Wie z. B. die Churſächſ. Prozeßordnung Tit. 18. §. 5. und die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 270.

16) MEVIUS Part. III. Deciſ. 54. CARPZOVIUS P. I. Conſt. 13. Def. 3. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 1021. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 108. *Io. Steph.* WIESAND Diſſ. de facultate denominandi iuraturos. *Vitemb.* 1782. §. 6. Schmidt hinterlaſſene Abhandlungen 2. Band Nr. XL. §. 6. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 127. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 369. not. e. und MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 326.

in ihrem Namen beſchwören werden. Sollte die Gemeinheit ja wider Verhoffen leichtſinnige oder der Sache nicht genugſam kundige Perſonen gewählt haben, ſo iſt dem Gegner unbenommen, ſeine Einreden gegen die Gewählten vorzubringen, und die Ernennung anderer zu verlangen, auch allenfalls einige in Vorſchlag zu bringen, die etwa beſſere Wiſſenſchaft von der Sache haben [17]. Nur dann, wenn beyde Theile ſich darüber nicht vereinigen können, iſt die Sache der richterlichen Entſcheidung zu überlaſſen [18]. Weigern ſich die gewählten Mitglieder den Eid zu ſchwören, ſo kann deswegen noch nicht die ganze Gemeinheit pro iurare nolente gehalten werden; ſondern es müſſen ſich ſodann ſämmtliche Mitglieder derſelben über die Ableiſtung des Eides erklären. Erbietet ſich ſodann die größere Zahl derſelben zur Ablegung des Eides, und ſchwört ihn auch wirklich, ſo iſt es ſogut, als wäre der Eid von der ganzen Gemeinheit geleiſtet worden [19]. Uebrigens muß die Beſtimmung der Schwörenden durch einen Gemeindebeſchluß geſchehen, und die gewählten Mitglieder müſſen ſodann mit einer Specialvollmacht verſehen werden, bey deren Vollziehung im allgemeinen eben ſo, wie bey der Errichtung eines Syndicats, zu verfahren iſt [20]. Es müſſen jedoch folgende Puncte ausdrück-

17) CARPZOV c. l. Definit. 3. nr. 3. et 4.

18) *L. 34. §. 8. D. de iureiur.* WIESAND Diſſ. cit. §. 10. und BIENER Syſt. proceſſus iudic. Tom. I. §. 101. pag. 208.

19) von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilprozeß. 2. Abſchnitt 3. Kap. S. 122. (der neueſten Aufl. Magdeburg 1805.) THIBAUT Syſt. des Pand. R. 3. B. §. 1156.

20) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 408.

drücklich darin bemerkt und beglaubiget ſeyn: 1) daß die übrigen nichtſchwörenden Gemeindeglieder von dem Inhalt der Eidesformel zuvor genugſam unterrichtet worden, und daß ſie den abzuleiſtenden Eid wohl verſtanden haben. 2) Daß ſie glauben und dafür halten, daß dasjenige, was ihre Bevollmächtigten ſolchergeſtalt in ihre Seele ſchwören werden, von eben der verbindlichen Kraft ſey, und dafür angenommen, und gehalten werden ſolle, als wenn ſie ſelbſt dieſen Eid wirklich abgeleiſtet hätten [21]. Wenn einige [22]) der Meinung ſind, daß die Gemeinheit ihren Syndicus für ſich ſchwören laſſen könne; ſo läßt ſich dieſe Meinung nicht ſchlechthin vertheidigen, wofern es nicht etwa die Proceßordnung des Landes geſtattet. Man unterſcheide vielmehr, ob der Syndicus zugleich ein Mitglied der Gemeinheit iſt, oder nicht. In dem erſten Falle kann er zwar zur Ableiſtung des Eides unter den übrigen mit ernannt werden, aber keinesweges wider den Willen des Gegners in dem letzten Falle ſchwören [23]). Denn hier iſt er nur als ein bloßer Procurator der Gemeinheit zu betrachten [24]). Nun iſt aber der Eid eines Bevollmächtigten, Namens des Principals, wider den Willen des Gegners nicht zuläſſig [25]).

§. 796.

21) v. Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen 3. Band Nr. XXI. S. 144.

22) BERLICH Concluſ. pract. P. I. Concluſ. 31. nr. 28. HAHN ad *Weſenbec.* ad Tit. Dig. Quod cuiusq. univ. nom. nr. IIX. u. a. m.

23) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 226. und Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen 2. B. Nr. XL. §. 8.

24) *L. 6. §. 3. D. Quod cuiusq. univ. nom.*

25) *L. 12. §. 4. et 5. Cod. de reb. credit.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 1 — 3.

§. 796.

Eintheilungen der verſchiedenen Eidesarten.

Der Eid wurde oben 1) in Anſehung der Form, in welcher er abgelegt wird, in den feyerlichen und nichtfeyerlichen eingetheilt. Es giebt nun noch verſchiedene andere wichtige Eintheilungen des Eides, welche hier zu erklären ſind. Der Eid wird 2) auch in Rückſicht ſeines Gegenſtandes in den Verſprechungs- oder Verpflichtungseid, *iuramentum promiſſorium*, und den Beſtätigungs- oder Verſicherungseid, *iuramentum aſſertorium*, eingetheilt, je nachdem er entweder die Beſtärkung einer Verbindlichkeit oder Zuſage zum Gegenſtand hat, oder die Wahrheit einer Ausſage oder Behauptung dadurch bekräftiget werden ſoll. Von dem Verſprechungseide und deſſen Wirkungen iſt ſchon an einem andern Orte [26]) gehandelt worden. Hier iſt alſo noch von dem Beſtätigungseide zu handeln. Es entſtehen hier folgende Fragen, woraus ſich die verſchiedenen Arten dieſes Eides erklären laſſen.

1) Was wird durch dieſen Eid als wahr bekräftiget?

2) In wiefern wird es als wahr bekräftiget?

3) Auf weſſen Veranlaſſung?

4) Was hat dieſer Eid für einen Einfluß auf den Proceß, und inſonderheit für eine Beziehung auf die vorkommende Streitſache?

5) Wie verſchieden iſt die Wirkung deſſelben?

In

26) S. den 4. Theil dieſes Commentars §. 341.

In Abſicht auf die erſte Frage ſind zwey Fälle denkbar. Es wird durch den Eid entweder der Werth des ſtreitigen Gegenſtandes, oder die Wahrheit anderer factiſcher Behauptungen beſtärkt. In jenem Falle wird der Eid der Würderungs- oder Schätzungseid (*iuramentum in litem ſ. aestimatorium*) genennt, wovon der folgende Titel handelt, in dem letztern aber der Verſicherungseid im eigentlichen oder engern Sinn; und dann ſoll entweder durch dieſen Eid die Wahrheit einer Ausſage beſtärkt werden, die den Schwörenden ſelbſt nicht angehet, — Zeugeneid; — oder die Wahrheit einer Behauptung, wobey der Schwörende ſelbſt intereſſirt iſt. — Partheyeneid.

In Anſehung der zweyten Frage iſt zu unterſcheiden. Der Eid wird abgeleiſtet entweder

a) über objective Wahrheit und Wirklichkeit einer Sache, — Eid der Wahrheit, *iuramentum aſſertorium veritatis*; und zwar entweder

aa) über das poſitive Wiſſen des Schwörenden. — *iuramentum ſcientiae*, oder

bb) bey einem negativen Beweisſatz über ſein Nichtwiſſen, — *iuramentum ignorantiae* [27]).

b) Ueber das, was der Schwörende glaubt, oder nicht glaubt, für wahrſcheinlich hält, oder nicht, — *iura-*

27) S. *Casp. Matth.* MÜLLERI Diſſ. de iuramento ignorantiae. *Roſtochii* 1717. und *Sam. Frid* WILLENBERG Diſſ. eiusd. arg. *Gedani* 1724. in EIUS *Selectis iurisprud. civilis.* P. II. Exercitat. 64.

ramentum credulitatis. Glaubenseid. Eid der Glaubwürdigkeit[28]).

In Anſehung der dritten Frage kann die Veranlaſſung zum Schwören zweyfach ſeyn.

1) Die eine Parthey verlangt von der andern die Ablegung des Eides. — Ein angetragener, zugeſchobener, oder freywilliger Eid; *iuramentum delatum*, ſ. *voluntarium;* und zwar entweder

a) zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsſtreites. — Der außergerichtliche Eid. Oder

b) zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes. — Der gerichtliche, oder Schiedeseid, *iuramentum iudiciale* ſ. *litis deciſorium*[29]).

2) Der Eid wird vom Richter aufgelegt. — Ein aufgelegter, oder nothwendiger Eid, *iuramentum neceſſarium.*

a) Entweder wegen beſorglicher Schicane. — Eid für Gefährde, *iuramentum calumniae*, wodurch der Schwörende verſichert, daß er nicht aus Schicane gegen die andere Parthey handle. (§. 808. ſqq.)

b) Oder wegen eines nicht vollſtändig geführten Beweiſes, und zwar entweder

P 2 aa) dem

28) *Io. Gott.* REICHEL Diſſ. de iuramenti credulitatis natura et indole. *Lipſiae 1725.* und KOHLSCHÜTTER Diſſ. de iureiurando credulitatis. *Vitebergae 1788.*

29) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 167.

aa) dem Beweisführer, um ſeinen unvollſtändigen Beweis zu ergänzen. — Ergänzungseid, *iuramentum ſuppletorium.* Oder

bb) dem Producten, um eine durch den geführten Beweis ſeines Gegners wider ihn begründete, zwar nur entfernte, aber doch nicht ganz ſchwache Vermuthung zu entkräften. — Reinigungseid, *iuramentum purgatorium.* (§. 811.) Oder

cc) zur Entſcheidung des Rechtsſtreits in einem ſolchen Falle, wo für beyde Theile blos Vermuthungen und ſtarke Anzeigen ſtreiten, die aber doch weder für den einen noch andern Theil einen halben Beweis ausmachen, und zwar nach dem Ermeſſen des Richters, derjenigen Parthey, welche die meiſte Glaubwürdigkeit verdient. — Schiedeseid im ſtrengſten Sinn, *iuramentum litis deciſorium in ſenſu ſpecialiſſimo* [30]).

In

30) Gewöhnlich wird dieſer beſondern Eidesart nicht mit unter den nothwendigen Eiden gedacht. Daß ſie aber eine von dem Erfüllungs- und Reinigungseide verſchiedene Eidesart ausmache, hat KOCH in Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. *Gieſſae* 1773. §. 4. und beſonders Cap. 5. gezeigt. Ein Beyſpiel davon enthält die Frankfurter Reformation P. I. Tit. 39. §. 8. wo es heißt: „So aber jeder Theil ſeines Fürbringens anſehnliche und ſtarke Anzeigungen für ſich hat, dieſelben aber doch nicht vollkommlich bewieſen hätten: alſo daß beyderſeits alles auf Vermuthungen ſtünde: So ſoll nach fleißiger Erwägung der Sachen, und Perſonen Gelegenheit, dem Kläger, oder aber dem Beklagten, welcher Theil die ſtärkſten Vermuthungen für ſich hat, und der Sachen vermuthlich am beſten Wiſſenſchaft hat, bey welchem auch ſich der Wahrheit mehr zu verſehen, (welches alles zur

Er-

In Anſehung ſeines Einfluſſes auf den Proceß, und inſonderheit in Anſehung ſeiner Beziehung auf die vorkommende Streitſache, worauf die oben aufgeworfene vierte Frage geht, iſt der Eid entweder ein Haupteid, oder ein Nebeneid, je nachdem er entweder für die Hauptſache entſcheidend iſt, oder nicht. Es laſſen ſich alſo hier zwey Fälle gedenken.

1) der Eid verhält ſich zur vorliegenden Streitſache ſo, daß nach der Ableiſtung oder Nichtableiſtung deſſelben die Hauptſache entſchieden iſt. — Haupteid, Entſcheidungseid, *iuramentum principale*, ſeu *litis deciſorium*. Zu dieſen Haupteiden gehört der Schätzungseid, der angetragene, und nothwendige Entſcheidungseid [31]).

2) Der Eid dient nicht zur Entſcheidung der Hauptſache, — Nebeneid, *iuramentum minus principale*. Dann gehört er entweder

a) nur zu den Feyerlichkeiten des Proceſſes, wie z. B. der Eid für Gefährde, ferner der Appellations- und Reviſionseid; oder er betrifft

b) andere Nebenpuncte des Rechtsſtreites, wie z. B. der Editionseid, und Diffeſſionseid.

Sieht man endlich auf die Wirkung des aſſertoriſchen Eides, ſo ſchränkt ſich dieſelbe entweder

 a) blos

Erkenntniß und Ermeſſung der Schöffen ſtehen ſoll) obermeldt iuramentum ſuppletorum, oder aber *deciſorium* auferlegt werden."

31) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1153. und Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 304.

a) bloß auf die Perſon des Schwörenden ein. — Ein perſönlicher Eid, *iuramentum in perſonam.* Oder

b) ſie erſtreckt ſich, außer dem Schwörenden, auch auf andere, welche bey der Sache intereſſirt ſind, und denen die geſchehene Eidesleiſtung zum Vortheil oder Nachtheil gereicht. Ein dinglicher Eid, *iuramentum in rem* [32]).

Dieſe Eintheilung beſtätigen folgende Geſetzſtellen.

L. 1 §. 3 *D. Quarum rerum actio non datur.* Si fideiuſſor iuravit, ſi quidem *de ſua perſona* tantum iuravit, *quaſi ſe non eſſe obligatum*, nihil reo proderit: ſi vero *in rem iuravit*, dabitur exceptio reo quoque.

L. 28. *pr. D. de iureiur.* In duobus reis ſtipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

§. 1. Quod reus iuravit, etiam fideiuſſori proficit. A fideiuſſore exactum iusiurandum prodeſſe etiam reo, *Caſſius* et *Iulianus* aiunt: nam quia in locum ſolutionis ſuccedit, hic quoque eodem loco habendum eſt, ſi modo ideo interpoſitum eſt iuramentum, ut de ipſo contractu, et de re, non de perſona iurantis ageretur.

§. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodeſſe debebit.

Im Zweifel iſt jedoch der Eid für perſönlich zu halten, nach der Regel: *Iusiurandum alteri neque nocet, neque prodeſt* [33]).

§. 797.

32) S. *Sim. Pet.* GASSER Diſſ. de iuramento in rem. *Halae* 1740.

33) *L.* 3. §. 3. *in fin. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

§. 797.

Wenn findet der Glaubenseid Statt?

Ein Eid ſollte eigentlich nur über Thatſachen geſchworen werden, wovon der Schwörende aus eigner Wiſſenſchaft unterrichtet iſt, — über Wahrheit und Wirklichkeit. Demungeachtet geſchieht es in der Praxis täglich, daß Eide ihrem Inhalt nach auf ein bloßes Glauben des Schwörenden gerichtet werden. Man ſucht auch dieſe Eidesart aus den Geſetzen zu rechtfertigen [34]). Allein ein ſolcher Eid, kann eigentlich an ſich zur Erkenntniß der Wahrheit eines ſtreitigen Satzes eben ſo wenig Gewicht haben, als wenn ein Zeuge ausſagt, daß er den Artikel oder die Frage als wahr glaube, ob er gleich davon keine Erfahrung hat. Aus dieſem Grunde verwerfen daher viele heutige Rechtsgelehrten [35]) den ſogenannten Glaubenseid (*iuramentum credulitatis*). Die Praxis läßt ihn jedoch bey fremden Handlungen zu, und geſtattet ihn beſonders den Erben, weil man es für Unrecht hält, ihnen die Wohlthat des Eidſchwurs

über

34) L. 2. §. 2. *Cod. de iureiur. propt. calumn. Cap.* 5. *X. de purgat. canon. Rec. Imp. noviſſ.* §. 43. et. 49.

35) Man ſehe von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß 2. Abſchn. 3. Kap. S. 113. (der neueſten Aufl. Magdeburg 1805.) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 44. Juſtus von Schmidt genannt Phiſeldeck über den Eid. S. 29. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 94. von Globig Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit 2. Th. 5. Abſchn. §. 9. S. 118. lit. e. und KOHLSCHÜTTER Diſſ. de iureiurando credulitatis ſecundum praecepta philoſophor. de probabilitate. *Vitemb.* 1788.

über die Handlungen ihres Erblaſſers zu entziehen [36]). Allein dieſes Verhältniß kann an ſich ihren Behauptungen kein größeres Gewicht geben; noch dieſelben berechtigen, ihrem Gegner einen Beweis aufzudringen, welcher mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit nicht übereinſtimmt. Bey fremden Handlungen, wovon man nichts mit Gewißheit behaupten kann, ſollte man blos über ſein Nichtwiſſen ſchwören.*) Der Eid des Glaubens kann daher nur inſofern zugelaſſen werden, als entweder der Glaube des Schwörenden gerade die Thatſache iſt, auf deren unmittelbaren Beweis es ankommt [37]), oder aber die beweisführende Parthey von dem Glauben ihres Gegners durch den ihm darüber angetragenen Eid ihren ganzen Beweis abhängig gemacht hat; eine ſolche Eidesdelation muß ſich dann das Gericht, als Transaction, allerdings gefallen laſſen [38]). So läßt ſich der Eid des Glaubens, als angetragener Eid, ganz wohl rechtfertigen; beſonders wenn Präſumtionen durch ihn begründet werden ſollen [39]). Ob auch der Erfüllungs- oder Reinigungseid de credulitate geſchworen werden könne? iſt eine ſelbſt unter den Practikern ſtreitige Rechtsfrage. Carpzov [40]) und Leyſer [41]) bejahen ſie, und ihnen ſtimmt auch Coccejus [42]) bey. Allein Stryk [43]) und mit ihm die meiſten Practiker behaupten

36) CARPZOV P. I. Conſt. 24. Definit. 1. ſqq. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 150. nr. 541. ſqq. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 152. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4509. Weſtphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 4. S. 74.

*) Allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 10. §. 312.

37) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe §. 60.

38) von Globig a. a. O. S. 119.

39) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1154.

40) P. I. Conſt. 38. Def. 8.

41) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5. et 6.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 44.

43) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 37.

haupten das Gegentheil. Eigentlich ſollte der Richter nie einen Eid des Glaubens auflegen, da der Erfüllungs- und Reinigungseid insgemein ſchon an ſich wenig Gewicht haben [44]). Sollten es ja die Umſtände erfordern, ſo iſt immer eine ſolche Glaubwürdigkeit vorauszuſetzen, welche auf wahrſcheinlichen Gründen beruhet, und kann auf allen Fall nur dann erkannt werden, wenn keine von beyden Partheyen den Eid der Wahrheit zu ſchwören im Stande iſt [45]). Denn derjenige, der ſein poſitives Wiſſen beſchwören kann, geht demjenigen vor, welcher nur ſeinen Glauben oder ſein Nichtwiſſen zu beſchwören im Stande iſt [46]). Uebrigens iſt die Wirkung des Glaubenseides von der des Eides der Wahrheit nicht unterſchieden [47]).

§. 798.

I. Vom deferirten oder angetragenen Eide. Natur und Grund deſſelben. Unterſchied zwiſchen gerichtlichem und außergerichtlichem Eide.

Soviel nun I. den angetragenen oder freywilligen Eid (iuramentum *delatum* ſ. *voluntarium*) anbetrifft, ſo iſt dieſer unter den Haupteiden unſtreitig der wichtigſte und entſcheidendſte. Der Gebrauch deſſelben bey beſtrittenen Privatforderungen iſt auch unſtreitig älter, als der von irgend einem andern Eide [48]). Urſprünglich iſt dieſer

44) S. von Globig Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit 1. Th. S. 119. und MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 319.

45) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4509. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* Tom. II. h. t. Qu. 44. not. l. pag. 171.

46) Danz Grundſätze des ordentlichen Proceſſes §. 365.

47) HOFACKER l. c. lit. E.

48) Eine merkwürdige Stelle über das Alterthum dieſes Eides kommt bey DIONYSIUS HALICARNASS. Lib. II. *Antiquitat. Rom.* pag 134. der Sylburg. Ausgabe vor, wo es vom König Numa heißt: *Primus omnium Fidei publicae templum ſacravit, aſſignatis ex aerario ſacrificiis, quemadmodum diis ceteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus conſtanter ſervanda, privatorum etiam hominum mores ad idem ſtudium progreſſu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis ea*

ſer Eid ein Vergleichs- und Entſcheidungsmittel, welches aber auch zugleich die Stelle des Beweiſes vertritt, indem in dem Eidesantrage die Erklärung liegt, daß das für wahr angenommen werden ſolle, was der Gegner beſchwören wird [49]). **Cajus, Ulpian** und **Paulus** lehren dieſes einſtimmig, wenn ſie ſagen:

L. 1. *D. h. t.* Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit *iusiurandi religio:* qua vel *ex pactione ipſorum litigatorum*, vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controverſiae.

L. 2. *D. eodem.* Iusiurandum *ſpeciem transactionis* continet [50]), maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

L. 5. §. 2. *D. eodem.* Dato iureiurando, non aliud quaeritur, quam an iuratum ſit: remiſſa quaeſtione, an debeatur; *quaſi ſatis probatum ſit iureiurando.*

L. 11 §. 3. *D. eodem.* Perindeque haberi, quod iuratum eſt, *atque ſi probatum eſſet.*

Einer jeden Parthey ſteht es alſo frey, ihr Recht von der eidlichen Verſicherung ihres Gegners abhängig zu machen; und zwar kann nach dem Römiſchen Recht der Eid nicht nur außergerichtlich deferirt werden, ſondern man kann auch in einem gerichtlichem Rechtsſtreite ſeinen ganzen zu führenden Beweis von dem Eide der Gegenparthey abhängig machen. **Paulus** ſagt *L.* 25 §. 3. *D. de probat.* In omnibus viſionibus, quas propoſuimus, licentia concedenda eſt ei, *cui onus probationis incumbit*, adverſario ſuo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipſo pro ca-

ea res eſt habita, ut ſua cuique fides pro ſanctiſſimo iureiurando, et longe firmiſſimo teſtimonio fuerit: et quoties alter cum altero contractum feciſſet, ſi qua exorta eſſet controverſia, eam alterius litigantium fides dirimebat, nec contentionis ſtudium longius progredi ſinebat, quin et magistratus et iudices in dubiis cauſis plerumque ex alterius partis ſide ac ſacramento faciebant arbitrium.

49) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 2.

50) In den *Baſilic.* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. p. 118. heißt es: Εοικε διαλύσει. i. e. *transactioni proximum eſt.*

calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem ſecutus, ita ſuam ſententiam poſſit formare, iure referendae religionis ei ſervando Unterſucht man den hiſtoriſchen Grund des außergerichtlichen Eides, ſo läßt ſich dieſer nicht füglich, nach **Malblancs**[51]) Idee, in dem Wunſche des rohen und abergläubiſchen Römers, dem Gegner ſeine Ungerechtigkeit durch den Fluch des Meineides zu vergelten, oder in dem Gefühle der Beruhigung ſetzen, durch die göttliche Rache, welche jenen verfolgen werde, Entſchädigung für den Verluſt des Seinigen zu finden. Nein! man hatte vielmehr, wie Zirkler[52]) dagegen ſehr überzeugend dargethan hat, einen ſo ſtarken Glauben an die Macht des Eides auf das Gemüth des Schwörenden, daß man mit einem hohen Grad von Ueberzeugung darauf rechnete, durch den Schwörenden nicht getäuſcht zu werden. Man forderte alſo den Eid als eine Verſicherung, als ein Mittel der Ueberzeugung wegen eines zweifelhaften Grundes der Einrede oder des Anſpruchs des Andern. Die Richtigkeit dieſer Anſicht ergiebt ſich unter andern vorzüglich daraus, daß in vielen Fällen, welche in den Geſetzen dieſes Titels angeführt werden, der Deferent gerade derjenige iſt, dem der Beweis nicht obliegt, ſondern gegen den eigentlich nach der Ordnung des Proceſſes der Beweis geführt werden müßte; es ſind auch die Fälle meiſtentheils ſo beſchaffen, daß der Deferent die Vermuthung der Unwiſſenheit für ſich hat. Z. B die Forderung, welche A. an den B. macht, gründet ſich auf eine verbindliche Handlung ſeines Erblaſſers. Könnte hier wohl etwas anders den B., welcher im Vortheil ſitzt, zur Eidesdelation bewegen, als der humane Wunſch, weder ſich, noch ſeinem Gegner zu nahe zu thun? Was könnte hier für eine andere Abſicht Statt finden, als die, durch den Eidesantrag die Ungewißheit zu heben, worin man ſich im Verhältniß gegen einen Menſchen befand, deſſen bloßen Worten man nicht glauben, dem man aber doch auch nicht gern

51) Doctr. de iureinr. §. 34.

52) Verſuch über den willkührlichen Eid außer Gericht, in Grolmans Magaz. für die Philoſophie und Geſchichte des Rechts 1. Band Nr. XI. S. 429. ff.

gern Unrecht thun möchte? Unſtreitig iſt dieſe Vorſtellung natürlicher und der Sache angemeſſener. Denn auf ſolche Art gewährte der Eid einen Grad von Ueberzeugung gleich demjenigen, nach welchem wir in allen zweifelhaften Fällen entſcheiden und handeln, und der Erfahrung zu Folge mit Sicherheit entſcheiden und handeln können, und zugleich empfohl ſich dieſe Auskunft dadurch, daß ſie allen proceßualiſchen Weitläuftigen vorbeugte, oder denſelben ein Ende machte. Merkwürdig iſt jedoch der Unterſchied, welchen das römiſche Recht zwiſchen dem angetragenen gerichtlichen und außergerichtlichen Eide macht. Jener bleibt zwar in Hinſicht ſeines Grundes immer noch Vergleichsmittel. Die Geſetze ſehen auch die Zuſchiebung deſſelben und die Erklärung des Gegners über ſie als einen Vertrag an, und leiten daraus viele Folgen ab [53]), wie in der Folge weiter gezeigt werden wird. Allein in Hinſicht ſeines Zwecks hat der gerichtlich zugeſchobene Eid die Natur eines Beweismittels angenommen, und hierdurch beſondere Modificationen erhalten, welche von dem Zweck der Beweisführung abhängen [54]). Hier ſoll er die Gewißheit des Factums herſtellen, welches der Richter unter das Geſetz ſubſumiren muß. Daher kommen bey dieſem Eide nicht bloß die Partheyen als handelnde Subjecte vor, ſondern der Richter tritt noch als mitwirkendes Subject hinzu, welcher durch den Eid das Mittel erhalten ſoll, ohne welches er den Zweck ſeiner Beſtimmung nicht erfüllen, d. i. den Rechtsſtreit nicht entſcheiden kann [55]). Bey dieſem Eide muß ſich alſo der Gegner, welchem er angetragen wird

53) *L. 26. §. 2. L 35. §. 1. D. h. t.*

54) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Auf ſolche Art läßt ſich die Meinung vereinigen, welche *Mich.* ZICK in Diſſ. ſiſt. disquiſit. hiſtor. critic. quaeſtionis: Utrum iusiurandum apud Romanos pro ſpecie transactionis, vocem hanc in ſenſu proprio ſumendo, habitum ſit? *Altorfii* 1804. 4. zu vertheidigen geſucht hat.

55) Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes. 2. Band Nr. XLIX. §. 4. f. S. 506.

wird, erklären, ob er den Eid ſchwören wolle oder nicht *). Er kann ihn in dem letztern Falle auch zurückſchieben [56]). Wer hingegen einen ihm gerichtlich angetragenen Eid, weder ſelbſt ſchwören, noch zurückſchieben will, wird als Geſtändiger behandelt [57]). Auch iſt hier ſowohl die Zuläßigkeit der Eideszuſchiebung, als der Zurückſchiebung der richterlichen Prüfung unterworffen. Daher hat auch der Richter das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, zu beſtimmen [58]). Alles dieſes verhält ſich hingegen bey einem auſſergerichtlichen Eide ganz anders. Dieſer gründet ſich nicht nur auf einen Vertrag, ſondern dient auch blos zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsſtreites [59]). Hier hängt alles von der Willkühr der Partheyen ab. Derjenige, welchem ein ſolcher Eid deferirt wird, iſt daher weder ſchuldig, ſich auf die Delation einzulaſſen, noch kann derſelbe zum Schwur genöthiget werden, wenn er auch ſchon den Eid acceptirt hat [60]). Denn die Worte des Prätors: *aut ſoluere, aut iurare cogam* [61]), beziehen ſich, wie der ganze Zuſammenhang lehrt, blos auf den gerichtlichen Eid. Bey dem auſſergerichtlichen Eide iſt, wenn der Acceptant nicht ſchwört, nur die Folge die, daß die Sache in ſtatu quo bleibt, und unter den Partheyen das nähmliche Verhältniß Statt findet, als wenn gar nichts unter ihnen vorgefallen und verabredet worden wäre. Si neque iuratum eſt, neque remiſſum iusiurandum, ſagt Ulpian [62]), pro eo debet

*) *L. 34. §. 6. D. h. t.*

56) *L. 34. §. 7. D. h. t.*

57) *L. 38. D. eodem.*

58) *L. 34. §. 8. D. h. t.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 1. Band Nr. X. §. 26.

59) Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 91. S. 167.

60) *Ge Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 4.

61) *L. 34. §. 6. D. eodem.*

62) *L. 5. §. 4. D. h. t.*

debet haberi, atque ſi res in iusiurandum admiſſa non eſſet. Die Folge des Eingeſtändnißes hingegen kann aus der Verweigerung eines außergerichtlich acceptirten Eides nie entſtehen. Denn das pactum, welches bey dieſem Eide zum Grunde liegt, iſt einer bedingten Schenkung gleich. Es iſt daher nur ein negotium unilaterale, welches das Verſprechen enthält, Jemanden unter der Bedingung, daß er ſchwöre, eine Forderung zu erlaßen, oder ſeine Anſprüche anzuerkennen, das von dieſem ohne Uebernahme einer gegenſeitigen Verbindlichkeit acceptirt wird [63]). Der Eidannehmer, welcher den Eid nicht ſchwört, kann alſo bey dem ganzen Handel nichts verliehren, er läßt ſich durch Verweigerung des Eides blos einen Vortheil entgehen, den er hätte erwerben können. Hieraus erklärt ſich nun auch, wie Paulus [64]) lehrt, warum ein außergerichtlicher Eid nicht referirt werden kann. Will ſich alſo der Acceptant der Vortheile des angenommenen Eides theilhaftig machen, ſo muß er den Eid ſchwören, wenn ihm nicht etwa der Deferent die Ableiſtung erläßt*). In dieſem Falle giebt der Prätor aus dem Eidesvertrage bald eine Einrede, bald eine Klage, — actio in factum, je nachdem entweder derjenige, an welchen die Forderung gemacht wurde, oder der Gläubiger ſelbſt den Eid abſchwur [65]). Dieſer Rechtsmittel bedarf hingegen der Schwörende nicht, wenn der Eid vor Gericht geleiſtet worden, weil hier der Proceß bis zum Urtheil und zur Execution ſeinen Fortgang behält.

63) Anderer Meinung ſind zwar viele. Man ſehe LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 56. Allein gründlich hat dieſen Irrthum widerlegt Zirkler in Grolmans angef. Magazin 1. B. S. 436.

64) *L. 17. D. h. t.*

*) *L. 6. D. h. t.*

65) *L. 9. §. 1. D. h. t. L. 28. §. 10. D. eodem. L. 8. Cod. de reb. credit. §. 4. I. de except.* Die actio in factum de iureiurando hebt jedoch die vorige Klage nicht auf, ſondern es wird nur dabey des Eides, als einer Nebenqualität, gedacht. *L. 13. §. 3. et 5. L. 30. D. h. t. L. 7. §. 7. D. de public. in rem act. Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXIX. Th. 10. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 474.

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian
Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 12,1

Erlangen 1809

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(12#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439041-6
VD18 10657126-002